تأخذ للقرائة آ

بسم الله الرحمن الرحيم

ولد ولد المبارك سيد محمد ليلة السبت اول شهر المبارك شعبان
بعد عشاء الاخيرة مضى منه تقديرا قدر ما بين المغرب والعشاء
سنة اثنين وتسعين وثمانمائة
ليلة الاحد قبل خروج الناس للعيد وولد ولد المبارك سيدي [illegible] في بكرة
سنة خمس وتسعين وثمانمائة [illegible] ثالث عشر من شهر الله المحرم
نسأل الله العظيم ان يجعلهما من عباده الصالحين ومن علماء الاخرة وجعلهما الله سعداء في الدارين
ويعيشا زمانا طويلا [illegible] لسعادة والغنا والفرح والسرور
في الدنيا والاخرة [illegible] ينتفع بهما والديهما والمسلمين
غاية النفع ويجعل كعبهما مبارك عليهما بحق الانبياء والمرسلين وجعلهما من المتابعين على اهل السنة والجماعة
وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه اجمعين

١٤٩٨

كتاب نهاية الاقدام

في ماخذ الاحكام نفع الله تعالى به

مسئلة ما الحكمة كانت الصلوة ركعتين
وثلاثا واربعا الجواب ان الله تعالى خلق
الملايكة ذوات اجنحة مثنى وثلاث ورباع
لان صلوتنا الفجر مثنى وهو صلاة المغرب ثلاث
وصلوة الظهر والعصر والعشا اربعا
وجواب اخر ان الله تعالى خلق صورة آدم
قسمين جسم وروح امر صلوة الفجر ركعتين
ركعة لشكر الروح وركعة لشكر الجسد
وجواب آخر ان الله تعالى خلق جسم آدم
وادخل فيه ثلاثة جواهر اولها العقل
والثاني التلقين والثالث [illegible] الايمان وامر صلوة
المغرب ثلاثا لشكر هذه الثلاثة وجواب آخر
خلق آدم من اربعة اشياء الماء والنار والريح
والتراب وامر صلوة اربعا لشكر هذه الاربعة
نقل من فتاوى صغرى للحنفية

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان الا
على الظالمين وصلى الله على خير خلقه محمد واله اجمعين
وبعد فان خير ما اشتغل المرء ايامه وناط به خواطره واوهامه
نشر علم درجت رعاته وماتت رواته كعلم النظر المكتسب
بالخلاف فان موضوعه تقرير الدلايل الفروعية والقواعد
المذهبية المستندة الى كتاب الله وسنة رسوله قال
الله عز وجل فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول
يعني الى كتاب الله وسنة رسوله ولما رايت جماعة من اهل
خراسان وما وراء النهر في زماننا هذا عدلوا فيه عن المنهج
واعتمدوا على الطريق الاعوج واشتغلوا بالتحريرات المرجحة
والاقيسة المجهولة المنمقة من غير ان يقفوا على ماخذ المسائل
وحقايقها وغوامض اسرار الشريعة ودقايقها وقصدوا
تدريسها وحثوا المتفقهة على حفظها وحراستها وتركوا
الاشتغال بمعاني كلام الله وسنة رسوله والتفقه في دينه وراء

فاجالوا حقيقة هذا العلم بادخالهم فيه ما ليس منه
فسلخوه بل فسخوه فهم لما قال الشعبي اعيتهم الاحاد
ان يحفظوها فضلوا واضلوا فرايت حينئذ احياء
هذا الدين اصل كل منقبة وام كل فضيلة فاستخرت الله
عز وجل من احياء علم خمدت ناره وطمس مناره فالفت
فيه كتبا حاوية لفوائد جامعة لشوارده ككتاب
تخريج الفروع على الاصول الذي اودعته اسرار
الشريعة وجوامعها وطوايف الحكم وابهامها وتعليق
الموسوم بدرر الغرر ونتائج الفكر مبنيا فيه على ماخذ المسائل
ومتون الدلايل وكان من قبل قد اوضحت في هذا النوع
تفسير الوصول الى علم الجدل والاصول مصطلح ايمة
الهدى ومصابيح الدجى في قواعد هذا العلم ثم التمس مني جماعة
في هذه الايام من المشتغلين بتحقيق هذا العلم تحرير كتاب كاو
لماخذ المسائل الخلافية والقواعد المذهبية فالفت هذا
الكتاب متحريا فيه للصواب واوردت فيه ما اخذناه

بما هو غاية كلامهم ومنتهى مرامهم ثم ثبت رجحان نظر التا…
في كل مسئلة وشرحت واوضحت ولم ال جهدا فيما رجوت
ان اقرب الى الافهام واعتقدت انه اذهب للايهام و…
نهاية الايلام في مأخذ الاحكام وجعلته ذخيرة لو…
ينشؤ في الصغر عليه ويرجع في الكبر اليه لمن ندبه ما ا…
هذا الكتاب وتفهم ما اخترعته يتمكن من نظم الادلة
المبينة من الجانبين والاعتراضات الرائقة المكينة من
الطرفين اغناه عن حفظ الخلاف اسفله والتعاليق ال…
الطويلة كل ذلك على سبيل الايجاز والاختصار دون الا…
والاكثار واقول وبالله التوفيق

كتاب الطـ…

مسئلة موارد النجاسات لا تطهر الا بالما المطلق
عند الشافعي رحمه الله وقال ابو حنيفة رحمه
الله تطهر بكل مايع طاهر مزيل للعين قالع للاثر وللمسئلة
ثلاث مأخذ احدها ان الاحكام عندنا ليست او…
للجانين ثانيها تعلق خطاب الشرع بافعال المكلفين ولا

حكم قبل الشرع ولا حسن ولا قبح وليس للعقل مجال في
ذلك والطهارة والنجاسة ليست من صفات الاعيان
المنسوبة اليها حتى لا يتغير ولا يتبدل بل نقول ان النجس
اذا لاقى محلا طاهرا صار المحل الطاهر نجسا حكما والخصم
يدعي ان الطاهر لا يصير نجسا اصلا فان الاعيان لا
تنقلب فانما اذا جاور النجس الطاهر اجتنبت الجميع
بطريق المجاورة كما لو اختلطت اخته باجنبيات او
ميتة بمذكاة ولعل من يقل بالمجاورة كالما قالوا والذي يدل
على ان الماء عينه لا يتنجس انه يعود بالمكاثرة طاهرا و
بزوال التغير عن مبلغ القلتين لو تنجس عينه لاستحال
عوده طهورا واعلم ان ما بالحكم على هذا المأخذ باطل
من وجهين احدهما قوله عليه السلام خلق الماء
طهورا لا ينجسه الا ما غير طعمه او ريحه فانه نص صريح
في ان ورود النجاسة على الطاهر تنجسه ودعوى المجاورة
لا وجه له فان الكلام لحقيقته الى ان يقوم دليل المجاز

الثاني اتفاقنا على ان الجنب اذا انغمس في ما قليل فيه
نجاسة لا يرتفع جنابته وقد جرى على بدنه ما طاهر طهور
بزعمكم فما معنى قولنا ان الما النجس لا يرفع الجنابة اذ
الما النجس فقط لا يتصور على هذا التقدير وانما يتصور ما
طاهر طهور في جواره جزء من النجاسة وهذا الجزء عنه
المأخذ الثاني ان طهورية الماء عند الشافعي ثبت
رخصة من حيث ان الما القليل نجس بملاقاة النجاسة
وفاقا وانما الشرع جعله طهورا ضرورة دفع العسر
والحرج ويدل على ذلك نجاسة المنفصل مع كونه جزء
من المتصل وهم يزعمون انها ثبتت شرعية فان معنى الطهارة
عندهم الازالة والخل شريك الما في ذلك وقد دللنا
على بطلانه المأخذ الثالث مراعات الشافعي لمعنى
التعبد في ازالة النجاسة واعراض ابي حنيفة عن القيود
التعبدية فيها والحاقه غير الما بالما لكن لا بطريق القياس
بل لفوات محل الامر ثما سياتي وانما يكشف ذلك بتقسيم

جامع وذلك ان القضايا الشرعية ثلثة اقسام قسم
ظهر فيه وجه المصلحة اما على قرب او على بعد كشرع
العلامات والمناكحات فانها لو لم تشرع ادى الى فنا
امر المعيشة وقطع النسل وكشرع القصاص الذي لو لم
يشرع ادى الى فنا جنس الانس وقسم تعبدي اصلا
لا يلوح منه معنى اصلا وان كان في طيه مصالح خفيت
عنا كالتعبدات المحضة نحو تقدير نصب الزكوات وعدد
الركعات ولا نقول في هذا القسم انه لو لم يشرع ادى الى
فساد امور العبادة وقسم ثالث فهم منه جا
مصلحة كلية شرع لاجلها رسم العبادة والحث على
مكارم الاخلاق ومحاسن الشيم مع انطوائه على
شروط شرعية وضوابط تعبدية لا بد من مراعاتها
كشرع الغسل والوضوء فانه فهم منهما كليا قصد
الوضاءة والنظافة مع اقترانه بتعبد الشرع امرا بها
طاهر على محل طاهر فانه جعل للما صفة الطهورية بعلق

وجعله رافعا على محل طاهر فانه جعل للماء لصفة الحدث
ولا صفة الحدث تعلو في لا صفة الطهورية تعلق
فلحق الشافعي ازالة النجاسة بهذا القبيل فان قد فهمنا
على الجملة من الامر بازالة النجاسة دفع القذارة وازالة
الوسخ لكن لا بد من مراعاة معنى التعبد فيها كما فهمنا قصد
سد الخلات ودفع الحاجات من باب الصدقات والزكوات
ثم مع هذا راعينا ضابط الشرع حتى لو ضحى مكان
الشاة بخمسين خروفا لا يجزي وان كنا نعلم انها اكثر
من الشاة وابو حنيفة رحمه الله جرد النظر
الى المعنى اذ يعلم انه بعد استعمال الخل فات الامر
وصار يشابه قوله اغسل يدك فانها اذا قطعت
او سقطت زال الامر بغسلها كذلك هاهنا او نقول الحكم
اذا ثبت لعلة زال بزوالها ونحن نقول نعلم زوال
اجزاء النجاسة بالخل لكن بقي نجاسة الحكم الذي لاقى النجاسة
في المحل فبقي الحكم لبقاء الخلف لها والحكم واذا ثبت

لعلة زال بزوالها ما لم تخلفها علة اخرى ولا يلزم على
هذا الماء ما ذكرناه من الرخصة الداعية الى مخالفة
القياس فيه والله اعلم مسئلة اذا تغير الماء بشيء
من الطاهرات التي يمكن صونه عنها كالزعفران والاشنا ن
والحبر والصبغ وما شاكله حتى سلبه اطلاق اسم الماء
لا يصح الوضوء به عند الشافعي رحمه الله وقال
ابو حنيفة رحمه الله متى كانت رقته باقية تجري على الا عضا
ويقال انه ماء فانه يصح الوضوء به وان اضيف الى غيره
ومأخذ نظر الشافعي ان طهارة الحدث تعبد محض على
ما بني فيجب الاقتصار فيها على مورد النص والتعبد
ورد بالماء فلا يجوز ان نتعدى الى غيره وهذا امر كلي أ
يجب مراعاته وهو ان التعبد يجب ان نراعي فيه
المحل الذي ورد به التعبد ولا يجوز ان نتعدى الى غيره
ولا يحتاج الى الاستشهاد باصل ان نثبت ذلك
عليه بان ماء الباقلى لا يجوز الوضوء به فلا يخلو اما ان يكون

بلا غلا فان الما القراح اذا اغلى لا يمنع الوضوء به فتعين
ان يكون لزوال اسم الما المطلق وهو ما يقوله وفي مسئلتنا
مثله وقال ابو حنيفه رحمه الله محل النبيذ قايم فانه
تسمى ما وان اضيف الى غيره كالمتغير بالتراب وهذا
ينتقض بالباقلي ولا يلزم المتغير بالتراب فان عندنا
كل مخالط ازال الاسم المطلق منع الوضوء ترابا كان او غيره
مسئله لا يجوز التوضي بالنبيذ عند الشافعي بكل حال
وقال ابو حنيفه يجوز التوضي بنبيذ التمر المطبوخ
الكاثر الذي قذف زبده وروي العامري باسناده
عن نوح بن مريم ان ابا حنيفه في مرض موته عن مسئله
التوضي بنبيذ التمر وماخذ النظر من جانبنا ما اسلفناه
في المسئله السالفه من كون طهارة تعبد لا يعقل معناها
وموضع التعبد يختص بما ورد به الشرع اذ المعنى غير معقول
ولهذا لم يلحق ما الورد بالما القراح وان كان مثله في
المائية والرقة واللطافه وماخذ ابي حنيفه رحمه

الله التمسك بالحديث وهو ما رواه ابو يعلي الترمذي
عن ابي زيد مولى عمرو بن حريث المخزومي عن عبد الله
بن مسعود رضي الله عنه قال صحبت رسول الله صلى
الله عليه وسلم ليلة الجن فخط خطا وقال لا تخرج منه
انك ان خرجت منه لا تلتقي الى يوم القيامه فلما اصبحنا
جا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال هل معك اداوتك ما
قلت لا الا نبيذ فاخذه وتوضى به وقال تمرة طيبه وما
طهور وهذا الحديث ماول عند الشافعي محمول على ما بلد فيه
تمرات ليجتذب ملوحته فان مياه اهل الحجاز مالحه
فكانوا يحتاجون الى تحليتها ليقدروا على شربها ويدل
عليه قول الرسول تمرة طيبة وما طهور سماه تمرا
وماء ولو كان نبيذا مطبوخا يقذف بزبده لما سماه
بذلك مسئله طهارة الاحداث يفتقر الى النيه
عند الشافعي رحمه الله وهي الوضوء والغسل والتيمم وقال
ابو حنيفه رحمه الله الطهارة بالما لا يفتقر الى النيه

اما التيمم فيفتقر الى النيه وماخذ النظر فيها
ان الطهارات المشروعه في الاحداث عبادات عند
الشافعي لانها مجرد امتحانات وتكليفات لا يتعلق
بفعلها غرض عاجل ولا مقصود ناجز وتحقيق هذا
الكلام ان المتطهر عن الحدث ممتثل ما امر به ومن
امتثل ما امر به فهو مطيع والطايع لله متعبد له غير
ان المامورات على قسمين قسم يتعلق باغراض ناجزه
ومقاصد عاجله تعود الينا وتتعلق بمصالحنا ومعايشنا
وذلك مثل ما امرنا به في ابواب المعاملات والمناكحات
وما يتعلق بالماكل والمشارب وغير ذلك فهذا لا يفتقر
الى نيه لانه ينال المقصود به قد حصل وقسم لا يتعلق
به غرض عاجل ولا مقصود ناجز بل هو امتحان النفس
وابتلاوها للصبر على طاعه الله تعالى ليبلوكم ايكم
احسن عملا وليس القصد به الا ابتغا الثواب كالصلوه
والصيام فمثل هذا يفتقر الى نيه التقرب لله تعالى

ليخلص لوجهه وطهارات الاحداث من هذا القبيل وابو حنيفه
رحمه الله يراعي ما فهم من مقصود الوضاه والنظافه
واعرض عن معنى التعبد وزعم ان الما طهور بطبعه
وما يعمل بطبعه لا يفتقر الى قصد قاصد لكون الما
مرويا والسيف قاطعا بخلاف التراب فانه لا يطهر
بطبعه بل يطهر عند عدم الما فافتقر الى قصد ونيه
وهذا مما نبهنا على فساده في مثله الازاله مسله
جلد الكلب لا يطهر بالدباغ عندنا وقال ابو حنيفه
رحمه الله يطهر وماخذ النظر فيها اعتقاد الشافعي
نجاسه الكلب في حال الحيوه بقا على اعتقاده ان مفهوم
الخطاب حجه في قوله عليه السلم الهر ليست بنجسه
في معرض التعليل فانه يدل على نجاسه الكلب وابو
حنيفه انكر نجاسته حيث لم ير المفهوم حجه مسله
ما لا يوكل لحمه تذكيته كموته لا تطهر شيا منه وقال
وقال ابو حنيفه رحمه الله يطهر جميعه غير ان

لحمه لا يؤكل وما أخذ النظر فيها ان طهارة المذكاة المأكول
عندنا ثبت رخصة من حيث ان كل ذكي ميتة ويتطرق
الى المذكاة ما يتطرق الى الميتات كلها غير ان الشرع جوز
الذكاة وذبح الحيوان لتيسير حاجات الخلق الى اكل اللحمان
فان اللحم هو المشتهى المغتذى المقيم للابدان وبه يتقوى على
الجهاد والطاعات وهذا المعنى معدوم في ذبح غير المأكول
فيبقى على الاصل وابو حنيفة الحق الذكاة بالحيوة في افادة
الطهارة لما فيها من دفع الفضلات والعفونات المعفنة
للحم والجلد فقال الذكاة انما كانت مطهرة لانها تتسبب
سفح الدم من اعماق الاوراد واستخراج النجاسة من جميع
البدن ولهذا خصها الشرع بالحلق واللبة لانها مجامع العروق
النابضة ومنها يخرج جميع دم البدن قال والى هذا
اشار صاحب الشرع بقوله الذكاة ما انهر الدم وافرى
الاوداج ولهذا قلنا ان الجنين لا يتذكى بذكاة امه لانه
لم ينهر دمه وبالاتفاق ما ليس له دم مسفوح يستوي

ذكاته وموته وهو السمك والجراد والميتة كانت نجسة
لاحتباس الدم فيها وفي مسئلتنا قد وجدت الذكاة التي
ينهر الدم فيجب ان يحكم بالطهارة والجواب عن احدهم
ان نقول نعم لكم وجدت الذكاة ههنا فيطهر ما تعنون
وجدت الذكاة صورة او شرعا الاول مسلم وهو باطل بذكاة
المجوسي والثاني ممنوع فدلوا عليه فان قالوا المجوسي ليس اهلا
للذكاة قلنا والحمار ليس اهلا للذكاة مسئلة مس الذكر بباطن
الكف ينقض الطهر عندنا وقال ابو حنيفة لا ينقض
والمسئلة خبرية من جانبنا ولا مجال للقياس فيها فان الاحداث
مواقيت الطهارات ولا يهتدي القياس الى تعيين ميقاتها
ولا اثباته وانما بنى الشافعي مذهبه على حديث بسرة
بنت صفوان فانها روت عن عائشة رضي الله عنها
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ويل للذين يمسون فروجهم
ثم يصلون ولا يتوضؤن قالت قلت يا رسول الله هذا للرجال
قالت اذا افضت احداكن بيدها الى فرجها فلتتوضأ

وضوءها للصلوة خرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما واحمد
احمد بن حنبل ويحيى بن معين ويحيى بن سعيد القطان
امام ائمة الحديث وابو زرعه وابو حاتم في سجل الحديث
بنا على صحته وابو حنيفه يرى ان خبر الواحد
اذا كان مما يعم به البلوى لا يقبل والبلوى يعم بمس
الذكر وسياتي بطلان هذا المستند فيما بعد مسله
الخارج من غير السبيلين لا ينقض الطهر بحال عند الشافعي
وقال ابو حنيفة رحمه الله ينتقض بكل خارج نجس من
رعاف وفصد وحجامة اذا سال ولم يكن قليلا وماخذ
النظر للشافعي رحمه الله ان الحكم في محل النص ثبت بالنص
لا بالعلة ولا يتعدى مورده وهذا لان الاحداث مواقيت
للطهارات وليست معللة بمعاني معقولة اذ لا نعقل
غسل اعضاء طاهرة والخارج خرج من محل اخر فثبت
انه تعبد محض فيجب ان يعتبر في ذلك مورد النص وقال ابو
حنيفة رحمه الله ثبت بمعنى النص وهو خروج الخارج

النجس فيتعدى الى غير المخرج واستدل على ذلك بان الواجب
الطهارة والطهارة لا تجب الا عن نجاسة والاقتصار
على الاعضاء ثبت تيسيرا والدليل على النجاسة قوله تعالى
ولكن يريد ليطهركم ونحن نقول هذا فاسد لان
الوضوء لو وجب عن نجاسة لاختص بمحلها ولما اكتفي
فيه بالاحجار ودليل اختصاصه بالخارج من المخرج المعتاد
وجوب الوضوء بالطاهر والنجس والقليل والكثير والعين
والاثر مسائل التيمم مسله مذهب الشافعي رحمه الله
انه لا يصلي بتيمم واحد فرضين الا فريضة واحدة وما شا
من النوافل وقال ابو حنيفة رحمه الله يجوز ان يصلي
بالتيمم من الحدث الى الحدث وماخذ النظر فيها ان التيمم
هل يرفع الحدث ام لا فعندنا لا يرفع الحدث وانما يستباح
به الصلوة كطهارة المستحاضة ويدل عليه ان المتيمم اذا
راي الما عاد الى ما كان عليه قبل التيمم ان كان جنبا فجنبا

وان كان محدثا فحدثا وان كان المانع فانما كانت الاستباحة
بالتيمم لاجل الضرورة ولا ضرورة الى التيمم قبل دخول
المكتوبة واذا صلى المكتوبة فقد ارتفعت الحاجة وانما يصلي
النوافل بطريق التبعية للفرض مسئلة مذهب
الشافعي رحمه الله ان المتيمم اذا راى الماء في اثناء صلوته
لا تبطل صلوته ولا يعيدها وقال ابو حنيفة رحمه الله
اذا راى الماء مع القدرة على استعماله بطلت صلوته وهو
قول مخرج للشافعي من المستحاضة اذا انقطع دمها في الصلوة
ومأخذ النظر في جانبنا عجزه من استعمال الماء شرعا
وهذا لان العجز ينقسم الى شرعي وحسي فالحسي مثل ان يخاف
التلف من استعمال الماء او يحتاج اليه لاجل العطش او
يحول بينه وبين الماء عدو او سبع والشرعي مثل ان يكون
عنده وديعة فانه لا يجوز ان يستعمله او يباع بزيادة
على ثمن المثل فانه لا يجب شراؤه واذا ثبت هذا فقد

سلك الاصحاب في بيان العجز الشرعي طريقين عدم
بطلانها فلا يجوز الانصراف عنها قال صلى الله عليه
وسلم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها واذا لم يوجب
عليه الشرع الافضاء الى خسارة حبة احتراما لماله فلئن
يحافظ على حرمة صلوته لئلا تبطل عبادته اولى وهذا على
اصله الزم من حيث ان الشروع في التطوع يلزم الثاني
ان التيمم لا يبطل بصورة رؤية الماء فانه لو رآه وكان عاجزا
عن استعماله لا تبطل اجماعا وانما تبطل بالقدرة على استعماله
واذا كان البطلان يقف على القدرة على استعمال الماء والقدرة
لا تتحقق الا بابطال الصلوة فيؤدي الى ايقاف الشيء على
نفسه وذلك دور لا يتحقق فيه الابطال في شيء ومأخذ
الخصم ان الصلوة موقوفة ليست كالمفروغ منها فان
راى الماء بطلت وان لم ير انتهى وهذا لان التيمم طهارة
ضرورة وقد زالت الضرورة فصار كما لو انقطع دم
المستحاضة وانقضت مدة المسح او تخرق الخف وهذا

فاسد فان الامه مجمعه على الجزم بصحه الصلوه وروايه
الى في حكم المبطل عند قوم مسايل الصلوه مسله
تجب في اول الوقت وجوبا موسعا من اول الوقت
الى اخره وعندهم تجب باخر الوقت والمسله اصوليه
فانها تنبني على امكان الوجوب الموسع وهو عندنا معقول
ومشروع اما كونه معقولا فلان الافعال ثلثه فعل
لا يعاقب على تركه مطلقا وهو الندب وفعل يعاقب
عليه بالاضافه الى مجموع الوقت لكن لا يعاقب بالاضافه
الى بعض اجزا الوقت وهذا قسم ثالث فيحتاج الى اسم
ثالث وتسميته واجبا اولى لانه كلي نوعي وكذا نقع
واشبه شي بمسلتنا الحج فانه يتاخر ولا يترك واي وقت
فعل كان ادا او الوفات وقته كان قضا كالصلوات
ويدل على كونه مشروعا ايضا القضا والنذور المطلقه والكفارات
والخصم يدعي ان مقتضى الوجوب للموسع الحصر بين الفعل
والترك وذلك من علامات النفل وهذا مدفوع بما ذكرناه

مسله تتفرع على الوجوب الموسع وهي ان الصبي اذا
صلى في اول الوقت ثم بلغ في اخره او بلغ في اثنا الصلوه التي
لا يلزمه الاعاده عندنا خلافا لهم ومبنى النظر
فيها استوا اجزا الوقت في وجوب الادا وحصول
الاجزا عندنا واختصاصه باخر الوقت عندهم وقد صار
فيه اهلا للوجوب على ما سبق مسله اذا اجتهد في
اول الوقت وصلى ثم تبين له انه اخطا جهه الكعبه
قطعا يلزمه الاعاده عندنا على القول الذي نظم في
الخلاف وقال ابو حنيفه لا يلزمه والمسله
اصوليه فان الخصم يدعي ان التكليف الاجابه واحالته
يفضي الى تكليف المحال لتعارض الجهات في ظنه وتقاوم
الاحتمالات في حقيقته ونحن نمنع ذلك بنا على ان مدرك
الشروط والاسباب غير مدرك التكاليف فان التكاليف
تتلقى من الامر والنهي والشروط والاسباب تتلقى
وضعا من الشارع واخبارا بان يقول جعلت البيع

سببا للملك والمماثلة شرط والنكاح سببا للحل والشهادة
شرط والحاصل ان الخطاب الشرع على ضربين خطاب
تكليف وذلك يقتضي فهما وعقلا حتى اذا اختل
هذا الشرط اختل الخطاب والثاني خطاب اخبار على
ما ذكرناه ولا يستدعي هذا القسم درايه وعقلا بل
كل من اجتمع له النسب بشرطه حصل له الحكم ومن لا
فلا وما نحن فيه من قبيل الثاني لا من قبيل الاول

مسئلة اذا فاته صلوات ثم ارتد ثم عاد الى الاسلام
يلزمه قضا الصلوات عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه
الله والمسئلة اصوليه فانها تنبني على خطاب الكفار بفروع
الاسلام وذلك جايز عندنا والخصم يمنع ذلك بنا على ان
الكافر ليس باهل للعبادة فلا يجب عليه القضا بتركها
كالكافر الاصلي وهذا عندنا ممنوع فان الاسلام يجب
ما قبله وانما لا يصح الفعل فيه لانه ما قدم شرط الاهليه
للادا واعلم ان هذا الخلاف ينبني على اصل اخر وهو

ان الفعل المامور به هل من شرطه ان يكون شرطه حاصلة
حالة الامر ام لا فعندنا لا يشترط بل قد يتوجه الامر
بالمشروط والشرط على ان يكون مامورا بتقديم الشرط كالمحدث
يخاطب بالصلوه بشرط ازالة الحدث وهم يمنعون ذلك

مسئلة تارك الصلوه متعمدا يقتل حدا ضربا بالسيف
وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يقتل بل يضرب على تركها
ويحبس ماخذ النظر فيها ان المغلب في الصلوه عندنا
مشابه الايمان من حيث انها لا تتكرر بتكرر الاوقات
بخلاف الحج والصوم والزكوه ولا يدخلها النيابه ولا
تفتدى ولا يسقط وجوبها بحال وابو حنيفه الحقها
بسائر الاركان وقد ايد ما ذهب اليه الشافعي بقوله
عليه السلام من ترك صلوه متعمدا فقد كفر وهذا
وان كان مجازا في تسميته كافرا لكنه دليل واضح في مشابهته
للايمان مسئلة العاصي بسفره لا يترخص برخص المسافرين
عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله يترخص والمسئلة اصوليه

فان معتقد الخصم انها من قبيل الجنين كالصلوة في الدار
المغصوبة ومعتقد الشافعي انه اذا انشا السفر على هذا
الوجه كان محظورا من كل وجه والافراح رخصة ما يعان عليه
ان يكون مباحا ؛ مسئلة هل يجوز للزوج غسل زوجته
اذا ماتت عندنا خلافا لهم واتفقنا على ان الزوجة
تغسل زوجها والمسئلة من جانبنا توقيفية والاعتماد فيها
على حديث عايشة رضي الله عنها وهو ما روي انه صلى الله
عليه وسلم دخل عليها وهي تشكو من راسها وهي تقول وا
راساها فقال يا عايشة ما يضرك لو مت قبلي فغسلتك
وكفنتك وصليت عليك ودفنتك فقالت
كنت اذا لعرست في موضعي هذا ثم قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم بل انا وا راساه ؛ فاخذه المرض في الحال
وتوفي فيه ومأخذ الخصم فيها انقطاع الوصلة
الجامعة بطريق انتهاء النكاح بما سببه وهذا يبطل
بالمبتوتة في مرض الموت وكونها ترث فانه يدل

على ان النكاح يحرمان يبقى اثره في حكم دون حكم وعندنا
في حق الرجعة ؛ كتاب الزكوة ؛ مسئلة
اذا تلف نصاب الزكوة بعد حولان الحول وامكان الادا
لا تسقط الزكوة عندنا خلافا له ولا خلاف انه اذا اتلف
مال الزكوة ضمنه بالاتلاف ؛ والمسئلة دورية ولها ثلثة ماخذ
احدها ان الزكوة عند الشافعي تجب على الفور تفريعا على ان
الامر المطلق مقتضاه البدار والفور على ما اوردناه في كتاب
تخريج الفروع على الاصول وعندهم تجب على التراخي تفريعا
على ان الامر المطلق على التراخي ؛ الماخذ الثاني ان الحكم
في دوام وجوده لا يفتقر الى بقاء السبب عندنا وعندهم
يفتقر اليه وقد فات ونحن نقول هذا باطل فان بقا
صور الاسباب حسا لا يعتبر اجماعا كصورة البيع
والنكاح بل يقدر بقاهما شرعا فليكن كذلك في النصاب
الماخذ الثالث ان الزكوة عندنا تتعلق بالذمة
وعندهم تجب في العين وهو باطل بدليل جواز الادا

في غير النصاب مع القدرة على النصاب ووجوبها في صورة
الاستهلال **مسئلة** المستفاد من جنس نصاب في اثناء
الحول لا يزكي بحول الاصل بل اذا تم حول الاصل زكاه واذا
تم حول المستفاد زكاه وقال ابو حنيفة يزكي المستفاد
بحول الاصل كما يزكي السخال بحول الامهات الا ان يكون
المستفاد بدل مزكى فلا يزكى وصورته ان يكون عنده
نصاب من الدراهم مثلا وزكاها ثم ابتاع بها ابلا فانها
لا تضم الى ما عنده من الابل بل تفرد بحولها وزعموا
ان ذلك يؤدي الى ثنية الزكوة لان البدل والمبدل
كشي واحد **وماخذ** النظر فيها اختلاف للامامين
في تخريج مناط الحكم **مذهب الشافعي** رحمه الله
ان اعتبار الحول في الاصل كان لمعنى الارفاق
واستنماء المال واستخراج فوايده على انه بان استنما
الفوايد لا يحصل الا في مدة تضرب الحول
امدا لذلك **ومعتقد** ابي حنيفة رحمه الله ان اعتبار

الحول في الاصل كان علاما لتاديه الزكوة وتوقيتا لها
بوقت واحد حتى تبثت السعاده في اقطار الارض
لجباية الصدقات في وقت واحد **ونحن** نقول ما ذكراه
معنى معقول لا يمكن انكاره وما ذكره فلا يصلح للتعليل
اذ كيف يكون للاعلام والناس يختلفون في احوالهم
لاختلاف احوالهم فهذا يتم حوله اليوم وذلك يتم
حوله بعد شهر الى غير ذلك وما كان مختلفا غير منضبط
كيف يقال الجلوس في شهر واحد والمراد بقوله اعلموا
في السنة شهرا اي تعجيل ما لم يجب واخراج ما وجب
لا ان شهرا واحدا يعم جميع الخلق **مسئلة** تجب
الزكوة في مال الصبي والمجنون عندنا خلافا له ومعنى
الوجوب ها هنا استحقاق الاخذ من ماله على وزان
قولنا الديون واجبة عليه وماخذ النظر فيها ترجيح
معنى على معنى مع اتفاق الامامين على اشتمال الزكوة على
المعنيين اعني معنى العباده ومعنى المواساة فان الخصم

يقول الزكوة عبادة محضة فانها ابتلا وامتحان للشخص
بتنقيص ملكه وذلك امر شاق على النفوس قال وإذا
كانت الزكوة ابتلا فالصبي ليس اهلا للابتلا ولا محلا له
والشافعي يقول الزكوة جارية مجرى النفقات فان المقصود
الاظهر والغرض الابين لا تشتهر منهما سد الخلات
فان الفقرا عالة الاغنيا فاحال قوما على قوم حتى لا
يضيع شطر الخلق ومعظمهم وشبه المواساة بعرابة الاسلام
المواساة بحقيقة القرابة والصبي اصل للانفاق على قريبه
وما فيهما من معنى الابتلا وهو ما قرن الزكوة من عظيم
الثواب وبتركها من عظيم العقاب انما كان حثا
لارباب الاموال على اخراج الزكوة فان النفوس مجبولة على
الشح والضنة والتهالك الى المال والحبة فكان ما في
الزكوة من الابتلا تحقيقا لهذا الغرض وما ذكره ابو حنيفة
من معنى الابتلا فهو حاصل في العبادات كلها وانما
خصيصة الزكوة ما ذكرناه والابتلا فيه تابع للغرض الذي

المواساة شبه القرابة يستتبع بها من المطر مجمل

ذكرناه مسألة اذا مات من وجبت عليه الزكوة
قبل ادائها اخذت من تركته وقال ابو حنيفة
رحمه الله يسقط بموته وهذه المسألة فرع المسألة المتقدمة
فانها مبنية عند الشافعي على كون الزكوة وجبت مواساة
للفقرا فهي حق ثبت لهم في ذمة هذا الشخص ولا يسقط بموته
كسائر ديون الادميين وابو حنيفة يرى ان الزكوة وجبت
ابتلا وامتحانا للشخص بنقص ملكه وقد بطل معنى التعبد
والابتلا بالموت مسألة اخراج غير المنصوص عليه
في باب الزكوات لا يجوز عندنا خلافا لابي حنيفة
رحمه الله وهكذا الخلاف في النذور والكفارات
واعلم ان هذه المسألة قد ترجمت بما يلتبس على المتفقه
حقيقتها فقيل اخراج البدل في الزكوة عند الشافعي لا يجوز
ويجوز عند ابي حنيفة وليس الامر كذلك فان ابا حنيفة
لم يقل ان الزكوة لها بدل يصار اليه بل المخرج عنده
هو الاصل فانه يقول صاحب الشرع حيث نص

على الشاه فنصه انما كان بيانا للمقدار مالية الشاه في كل
مال الا على صورة الشاه وهو كنصه على ربع دينار في القطع
في السرقه فانه لا يقال ان ذلك يختص بالمنصوص عليه حتى لا
يقطع الا في سرقه ربع دينار من الذهب بل قيل انما نص على
ماليه ربع دينار من كل مال كذلك النص على الشاه نص على
ماليتها فاذا ما اخرج عنه الاما هو الاصل والبدل هو
الذي يحيل اليه من اضل كان قبله ومما خذا النظر فيها تعدد
الحاق غير المنصوص بالمنصوص عندنا امرا [illegible] للتعبد بالترك
بين الفقرا والاغنيا في جنس المال وان دليل اعتبار التعبد
تنصيصه في الجبرانات على ما يوجب قطع النظر عن القيمه
بكل حال فانه قدر وبين [illegible] وقرر فاوجب شاتين
او عشرين درهما مع علمنا بان الاحوال تختلف في الجيد
باختلاف الاعصار وتفاوت الاسعار فربما كان ازيد
او انقص منه فاما ان يكون مثله ابدا فلا يكاد يطرد
وايضا فانه جعل العشرين درهما بقدر الشاتين

مع علمنا بانه قد يزيد قيمه الشاتين على العشرين وقد ينقص
وكل هذا يلتبس لمن تامل انه ما اراد القيمه ولا التفت
اليها بل اعرض عنها بالكليه وكذلك خصيصة الواجب
بالاناث دون الذكور فانه اوجب بنت مخاض
ثم بنت لبون ثم حقه ثم جذعه ثم عدل الى العدد
فاوجب بنتي لبون وحقتين الى زوال فاذا زادت
على مايه وعشرين استقرت الفريضه ففي كل اربعين
بنت لبون وفي كل خمسين حقه ولم يتعرض للقيمه
بحال هذا مع انقياد [illegible] الى البلاد التي لا يعز عندهم
النقود كالبدو العرب و[illegible] ابو حنيفه رحمه الله
يقول صاحب الشريعه حيث نص على الشاه فنصه
انما كان بيانا للمقدار ماليه الشاه في كل مال
لا على صورة الشاه وهذا كما نص على ربع دينار في القطع
في السرقه فانه لا يقال ان ذلك يختص بالمنصوص
عليه حتى لا يقطع الا في سرقه ربع دينار من الذهب

بل قيل انه نص على ما ليه ربع دينار وتحقيق هذا الكلام
ان الزكوة دائر وجوبها بين المواساة والابتلاء ولا
ثالث لهما وايهما كان فالقياس اصح فيه ان
كان المواساة هو المغلب والمقصود منها سد الخلة ودفع
الحاجة وهذا المعنى يستوي فيه اخراج الشاة والقيمة
وان كان الابتلاء هو المغلب لهذا النوع من الابتلا
لا يتفاوت الامر فيه فان نقيض المغلب المال
يحصل بالقيمة والعين على ما سوا فالمخرج ما شاء وهذا
مدفوع بما ذكرناه فلا حاجة الى عادته مسئلة
اذا ملك نصابا وعليه مثله دينا مستغرقا بان ملك
عشرين دينارا وعليه عشرون دينارا فالقول المنصور
في الخلاف ان ذلك لا يمنع وجوب الزكوة والقول
الثاني ان ذلك يمنع الوجوب وهو مذهب ابي حنيفة
غير ان ابا حنيفة رحمه الله لا فرق عنده بين المستغرق
وغير المستغرق حتى لو كان عشرون دينارا وعليه دين

ينقص النصاب كدينار او نصف دينار فانه لا زكوة عليه
وماخذ النظر فيها ان ملكه في هذا النصاب تام عندنا
بدليل تمكنه من التصرف بعوض وغير عوض وعندهم
هو ناقص كالمكاتب من حيث انه ينتزع منه قهرا ويتسلطه
القاضي الى غرمائه فهو ملك محجر لا يزل متقلقل ونحن نقول
دليل كمال الملك بما ذكرناه من تمكنه من التصرف
والتبرع حتى لو تبرع بصرف هذا النصاب على محوجي دين
لا يكتسب به حمده في الدنيا ولا مثوبة في العقبى ولا
مانع يمنعه من ذلك فهذا يبطل تعلق حق الغير بعين ماله
فان قالوا هو معد لقضا الدين قلنا لا بل الدين في ذمته
وهي كاملة تامة فهي محل الدين ولا تعلق للدين بالعين كمال
فهذا المال الذي في يده وساير اموال الدنيا بالاضافة
الى ذمته على حد سوا فان قالوا صور فيما اذا ضاقت
عليه المذاهب وانسدت عليه المطالب والمآرب
ولم يكن له وجه سوى ما في يديه الا من يقضيه

قلنا بحكم الحال لا بحكم الاصل لما تقرر في الاصل من ثبوت
الدين في الذمة مسئلة اكل المباح لا يجب فيه
الزكوة عندنا على القول المنصور في الخلاف وعندهم يجب
ولا خلاف في وجوبها في اكل المحظور كالرجل اذا اتخذ
حلى النسا لنفسه وماخذ النظر فيها اختلاف المذهبين
في مستند وجوبها في النقدين والوجوب عندنا كان
باعتبار معنى مودع فيهما وهو كونهما مهيئين للتجارة والنما
وعندهم كان باعتبار عينهما وداتيهما فيدور مع العين كالربا
وهذا باطل لانها لو وجبت لعينها لما افترق الحال بين القليل
والكثير كما في الربا مسائل الصوم مسئلة لا يصح صوم
رمضان ولا غيره من الصيام الواجبة الا بنية من الليل
وقال ابو حنيفة رحمه الله يصح بنية تنشا نهارا قبل
الزوال وما عدا صوم القضا والنذر المطلق والكفارة
انه لا يصح الا بنية مبيتة ونحن فيما عدا ما في صوم التطوع
انه يصح بنية من النهار الا على وجه للمزني وماخذ النظر

فيها ان صوم كل يوم من رمضان عبادة مقصودة من اوله
الى اخره عندنا بنص قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه
وان الشهر عبارة عن الزمن الواقع بين الهلالين
غير ان الليالي خصت بدليل فبقي صيام ما عداها
واجبا بحكم الاصل وعندهم ان الامساك قبل الزوال
ليس بعبادة مقصودة لان العبادة ما شرعت للابتلاء
والامتحان لتمييز المطيع عن العاصي ولا يتحقق ذلك
الا بما فيه المالوف المشتهى نهي النفس عما يحب
وتهوى من تقديم الآجل على العاجل والامساك عن
الاكل في صدر النهار غير شاق على النفس لانتفا الداعية
وهذا باطل بحكمين قاطعين احدهما وجوب الكفارة
بالافطار فيه والثاني وجوب قضا جميع اليوم والقضا
تلو الادا وخلف عنه وقولهم لا مشقة قلنا المشقة
لا يعتبر في كل جزء من اجزا العبادة بل في مجموعها
فان من شرع في الصلوة والحج انما يلحقه المشقة بالتمام

والنهايه لا يحل جزء منها مستثنا "لا يصح صوم رمضان
عندنا الا بتعيين النيه وهو ان يقول انا صايم غدا
من رمضان قال ابو حنيفه رحمه الله لا يفتقر
الى تعيين النيه بل اذا نوى مطلقا انصرف الى رمضان
وماخذ النظر فيها البحث عن حقيقه النيه ووجه الافتقار
اليها والنيه على ضربين تقرب وتمييز اما التقرب ففي
العبادات باخلاص العمل لله تعالى واما التمييز كما في الديون
فان دفع المال يحتمل التمليك هبه وقضا الدين وفي محل
النزاع لا خلاف ان النيه للتقرب غير انها بقيت دايره
بين كونه فرضا او نفلا وقضا فتبيينه بالتعيين والفرض
له خصيصه ومزيه فلا يحصل الا بقصد ونيه وابو حنيفه
استغنى بالتوقيت المتعين عن التعيين وزعم ان الشرف
والمزيه مستفادة من هذا المحل والزمان الخاص فلا
يحتاج ان يقصده وينويه بل هو حاصل عند وقوعه فيه

وقرر ابو زيد هذا بان قال الواحد في الزمان كالواحد
في المكان ثم لو كان في الدار رجل واحد اسمه زيد فانه لا فرق
بين ان يناديه باسم الجنس فيقول يا رجل او يناديه باسم
العلم فيقول يا زيد فانه على الوجهين جميعا يقال انه اما
بدرايه ونحن نقول هذا فاسد فان تعين الزمان لو كان
يغني عن تعيين النيه لكان يغني عن اصل النيه كما قال
زفر وما ذكروه من المثال لا يناظر ما نحن فيه فان الرجل
هناك موجود في الدار وانت تخاطبه وفي مسئلتنا الصوم
ليس موجودا اصلا بل هو في ذمته لا يقع الا بايقاعه
ولا يحصل الا بابداعه وهو في موضع الشرع انواع
مختلفه فلا بد من قصد الى خصيصته ليفصله عن فصيلته
ولا يلزم على هذا الوضوء والحج فانهما يتاديان بنيه
مطلقه لانا نقول اما الوضوء فمقصود رفع الحدث او استباحه
الصلوه وكل ذلك لا ينقسم الى فرض ونفل واما الحج فلا
يلزم ايضا لان المخرج الى التعيين وراء الفعل بل

ذات المأمور متحققة الحضور بالمناسك مسئلة
الافطار بغير الجماع لا يوجب الكفارة عندنا ويعم
جميع المفطرات عند مالك ويختص بمقصود الجنس
عند ابي حنيفة فيجب بكل ما فيه غذاء او دواء ومأخذ
النظر فيها تنقيح المناط في محل الاجماع في قصة الاعرابي
فانها تشتمل على اوصاف كثيرة واختلافنا في وصف
واحد وهو كونه وقاعا فنحن نعتبره من حيث ان الكفارة
في مقابلة الفعل اما جزاء عليه او محوا له حتى يصير
كان لم يكن وهذه المناسبة في خصوص الوقاع اكثر
فان الوقاع باعتبار اصله حرام والاكل عارض والاكل
باعتبار اصله مباح والحرمة كما رض ولهذا اقتضى تحريم
كل امراة لم تعرف حلها وتحل حرام لغيره وابو حنيفة
يعتبر عموم وصف الفساد من حيث ان الصائم
مأمور بالكف عن الشهوتين والجناية بارتكابهما
واحد وقد سوى الشرع بينهما تحريما وتحليلا والكفارة

صالحة للزجر عن الافطار بهما وشهوة البطن اكثر وقوعا
فاقتضت الزجر عنها ونحن نقول هذا فاسد فان توقان
النفس الى الجماع عند هيجان الشهوة وتوارنهما على قدر الله
وتوفرها ونحن نعلم من حيث الحس ان لذة الجماع يزيد على
لذة الاكل والشرب اضعافا مضاعفة فانا نرى في المجامع
في تلك الحال ما يعتريه من السهو والذهول والقلق والا — مطلب
وتغير الحال واللون ما نعلم به توفر لذته ولا يعتريه عند
تناول لذة الطعام مثل هذه الامور بحال مسئلة المطاوعة
في نهار رمضان لا يلزمها الكفارة على القول المنصور وقال
ابو حنيفة يلزمها ومأخذ النظر فيها ان المراة تفسد
فطرها جماعا عندنا فصار كما لو ابتلعت حصاة ثم جومعت
وبيان هذا ان الجماع هو تغييب الحشفة في الفرج فعند
ذلك يلتقي الختانان كما صوره العلماء فيتعلق عليه احكام
الجماع اما الفطر فيحصل بوصول اول جزء من الحشفة
في باطنها ثم بعد ذلك يتحقق الجماع والجماع بعد الافطار

لا يوجب الكفارة والكفارة كفارة وقاع وهذه مواقعه
لا مواقعه لان الوطي من الرجل وهي ممكنه والتمكين
من الفعل دون الفعل وبيانه ذلك بالعاقلة اذا امكنت
مجنونا فان الحد ساقط عنها عندكم فان ناقضونا بحد الزنا
وكونه يعمهما قلنا الحاق لا ينتقض الاحكام وانما الشرع
لقب تمكينها زنا وربط به الحد وذلك اليه فان قالوا اذا
لحقت به هناك فيلحق به هاهنا قلنا هذا قياس في
الاسباب ولا مجال للقياس في الاسباب سيما على اصلكم
والخصم يدعي استواهما في السبب وان افطارها افطار
بدليل الوقاع في حالة الاحرام بالحج فانه يجب على كل واحد
منهما كفارة وهذا باطل بما ذكرناه في الفرق بينهما
مسئلة المجنون اذا افاق في اثنا الشهر لا يلزمه قضا
ما فات من ايام الشهر وعندهم يلزمه ولا خلاف
ان المجنون لو طبق جميع الشهر لا يلزمه قضاؤه بحال
ومأخذ النظر فيها ان الوجوب عندنا يتلقى من خطاب

الشرع ولا خطاب في حق المجنون وعندهم يتلقى من الاسباب
والادا هو المفضي الى الخطاب وزعموا ان خطاب الادا
هو التماس الفعل من المكلف والمجنون ليس اهلا له وخطاب
الوجوب للاثبات في الذمة وذمة المجنون صحيحة قابلة
للحقوق بدليل لزوم غرامة المتلفات واروش الجنايات
وعند الشافعي يلزمه الزكوة وخطاب الادا يكون
بعد ذلك بامر جديد فان افاق خوطب به قالوا والدليل
على ان خطاب الوجوب غير خطاب الادا ان من باع بيعا
بثمن موجل فالعقد يوجب الثمن في الذمة والادا يجب
عند تصرم الاجل لا بنفس العقد بل بامر اخر ونحن نقول
هذا التقسيم معقول لكن في الغرامات فان الواجب
مثلا مال مقدر في الذمة والعبادات ليس فيها
الا خطاب واحد وهو طلب الفعل والفرق بينهما
ان المال المودي غير فعل الادا وهاهنا الفعل المودي
غير فعل الادا وقد وقع الاشتراك في اللفظ فانه يقال

اذى الى ما هو اذى الصلوة فنظر ان المودي في الصلوة
غير الاداء او العذر عن النايم ان الشرع ادار الخطاب
مع العقل والنايم عاقل بدليل انه لو ودعه منتبه فزال
عقله وجب عليه الضمان فنسبه النايم الى المجنون
نسبه المفيد الى الزمن مسله اذا جامع في رمضان
واحد يومين قضا على لا يجزيه كفاره واحده عندنا خلافا
لهم وهذا العبارة اولى من قول بعض الاصحاب الكفارات
لا تتداخلان لانها دافعة للقول بالموجب من حيث انهم
اختلفوا في هذه المسله اختلافا لا يعود الى الحكم فان منهم
من قال الكفاره في اليوم الثاني لا تجب اصلا لتقاصر
السبب ومنهم من قال تجب كما في اليوم الاول غير انهما
لا يتداخلان ومعنى التداخل تنزيل الفعلين منزله الفعل
الواحد والماخذ المشهور فيها ان المغلب في الكفارات
عند الشافعي معنى العباده وعند ابي حنيفة معنى العقوبه
فيتداخلان كالحدود والصحيح ان الكفاره ليست من

من قبيل العبادات فان العبادات مطلوبه والكفاره
تجب بسبب يا باه الشرع وليست عقوبه ايضا لان
العقوبات يزجر عن الفعل والفعل انما يزجر عنه اذا
اتصف بالحرمه ونهي عنه والكفاره تجب باسباب
لا يتعلق بها النهي ولا يوصف بالحرمه كالقتل الخطا
وليست غرامة ايضا فان الغرامات شرعت لجبر الحال
والكفاره تجب في مقابله الفعل اجماعا ولهذا يتعدد
في الجماعة اذا قتلوا واحدا مع اتحاد الديه فهي اذا جنس
بنفسها شرعت لجوابر الفعل وذعواهم هتك حرمه الفعل
الشهر حيال فاسد فانه جنى على نفسه ودينه واليوم
الثاني فيه كاليوم الاول فصار كما لو ظاهر ثم ظاهر مسله
المنفرد برويه الهلال اذا رد القاضي شهادته يلزمه
الصوم فيما بينه وبين الله وفاقا فاذا جامع في هذا اليوم
يلزمه الكفاره عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله
وماخذ النظر من جانبنا طرد القياس فيها بناء على انقطاع

في هذا اليوم لا شبهة فيه ومأخذهم اعتقاد شبهة
دارئة للكفارة وهي قضاء القاضي بالرد وتفرده بالرؤية
مع احتمال الغلط وهذا باطل بوجوب الصوم عليه
ودعوى الاحتياط باطل بصوم يوم الشك فانه
لا يجب بل يحرم مسئلة اذا شرع في صوم التطوع
او صلاة التطوع جاز له التحلل منه واذا تحلل منه فلا
قضاء عليه وقال ابو حنيفة يلزمه بالشروع
واذا تحلل لزم القضاء ومأخذ النظر ان الشروع عندنا لا
يصلح ان يكون ملزما من حيث ان التطوع هو ما يتخير فيه
بين فعله وتركه فان شاء اقدم عليه وان شاء احجم عنه
والشروع في الشيء يكون علة وفوت ذلك المعنى فان كان واجبا
فندب اما ان ينقلب النفل واجبا فلا وهذا لان
الشروع ليس امرا زائدا على العبادة بل هو تلبس بالعبادة
وخوض فيها واذا كان الشروع في العبادة هو نفس العبادة
فلا ينبغي ان يزيد حكمه عليها بل يكون الدوام فيها على حسبها

فان نقضوا بالحج قلنا الحج منقطع عن قياس العبادات
متفق على انه مستثنى فان الاحرام اذا تلبس به تشبث
بصاحبه حتى يجب المضي في فاسده ويكفر ثانيا وثالثا
مع فساده واذا دخل في الحج المظنون لا يجوز له الخروج
بحال وهذه الامور لا عهد لنا بشيء منها في العبادات
ومأخذ الحنفية وعمدتهم قولهم انما لزمه اتمام ما
شرع فيه وان كان في الاصل مخيرا نظرا الى ما مضى من
العبادة لا نظرا الى ما بقي بل حفظا لما مضى وصيانة
له عن الاحباط والاسقاط فانه لو قطعه بطل عمله
قالوا وخرج على هذا الصلاة فان من شرع في صلاة رباعية
جاز له الخروج من اثنتين وفاقا لانه تعلق لما مضى
بما بقي لان ما اتى به صلاة مستقبلة كاملة حتى يقول
لا يجوز فيه ان يخرج عن ركعة واحدة لان الركعة
الواحدة ليست صلاة وقرروا هذا بان العبادة بحرمة
فقطعها تهاون واستخفاف واخلال بجلال المعبود

كالواحد المعظم منا اذا تشاغل بعض خدمه بخدمته
بان تابط بغاشيته بين يديه او وقف تجاه وجهه
مكبا على خدمته ثم في خلال ذلك اعرض عنه واشتغل
بخدمة غيره فانه يعد ذلك في العرف والعادة تهاونا
وازدراء ونحن نقول هذا فاسد من وجهين احدهما
لا نسلم انه اتى بعبادة لان العبادة البدنية لا تتبعض
وهكذا سائر الاسباب فان من اتى باحد شطري العقد
لا يقال اتى ببعض السبب ~~فان من اتى بها~~ لان بعض السبب
عدم في اقتضاء الحكم فان قالوا فلما ذا وجبت عليه الكفارة
بالوطء الافساد قلنا لانا لا نعتبر في وجوب الكفارة
بالوطء وجود العبادة بل توجب الكفارة على من لم ينعقد
له العبادة بان يطلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام
فهذا قد منع حصول العبادة وعليه الكفارة فلا فرق عندنا
بين القطع وبين المنع الوجه الثاني نسلم لهم وجود العبادة
ولكن لم لا يجوز قطع العبادة وابطالها فان المراد بقوله

تعالى ولا تبطلوا اعمالكم الايمان اي لا تحبطوها بالردة
فان الردة هي التي تحبط الاعمال وقولهم ان قطع العبادة
تهاون واستخفاف قلنا باطل بثلث مسائل احداهما
المسافر اذا شرع في الصوم ثم افطر فان له ذلك وان كان
يعد في العرف تهاونا الثانية مسئلة الضيافة وهي اذا دعي
صديقه واقترح عليه ان ياكل من طعامه فافطر فان له ذلك
مع وجود ما ذكرتموه الثالثة ما اذا ظن انه واجب عليه
ثم بان انه لم يكن واجبا عليه مسائل الحج مسئلة الحج يدخله
النيابة عندنا لكن عند العجز لا عند القدرة وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا يدخله النيابة الا اذا مات
ووصى ان يحج عنه وتفصيل المذهب عندنا ان الحج
ان كان فرضا فلا يجوز النيابة فيه الا في موضعين في حق
الميت وفي حق من لا يثبت على الراحلة لزمانة او كبر
وان كان تطوعا ففيه قولان اصحهما انه لا يجوز
النيابة فيه وحيث يجوز الاستنابة فالحج عندنا يقع

عن المتنيب لا عزل لنايب وقال ابو حنيفة
رحمه الله يقع الحج عن المباشر وانما يحصل للمستاجر ثواب
النفقه التي اخرجها فحسب ومأخذ النظر فيها ان فعل
العباده عندنا علم على حصول الثواب منحة وتفضلا من الله
تعالى والمعصيه علم على العقاب تفريعا على بطلان القول
الصلاح والاصلح واذا كانت الافعال الاختياريه اعلاما
وامارات على الاحكام جاز ان يجعل فعل زيد علما واما ره
على حصول الثواب لعمرو كما كان فعل الجاني علما لوجوب
الديه على العاقله وعندهم ان الثواب معلول الطاعه
وحكمها والعقاب معلول للمعصية وموجبها فلا يتعدى
ما عليهما استمدادا من وجوب رعايه الاصلح وهذا
اصل قد ابطلناه في كتاب تخريج الفروع على الاصول
مسئله ومما يتفرع ان من وجب عليه الحج وتمكن
من ادايه واخره حتى مات فانه يحج عنه من ماله وارثه
ووليه وهل يجوز ذلك لغير الوارث اختلف اصحابنا

فيه وقال ابو حنيفة اذا مات سقط الحج عنه
وهو قياس مذهبه فان عنده العبادات الماليه
ايضا تسقط بالموت كالزكوات والكفارات ثم استثنى
الوصيه فقال ان وصى بالحج فانه يحج عنه من ثلثه ان
خرج منه والا سقط كساير التبرعات مسئله الحج عندنا
يجب وجوبا موسعا في جميع العمر وقال ابو حنيفة
رحمه الله يجب مضيقا على الفور والمسئله اصوليه فانها
مبنيه على ان الامر المطلق لا يقتضي اكثر من الامتثال على
الاسترسال اما في الحال واما في ثاني الحال فان الوجوب
متلقى من الصيغه وقوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه لم يدل بفحواه ومبناه على اكثر من
ايجاد الفعل وقال ابو حنيفة الحج على الفور ونقلوا
عن ابي حنيفة انه قال كما لم نجد والى فيه نصا فذهبي
فيه مذهب ابي يوسف وقد تايد مذهب الشافعي
بالتوقيف اذ قد صح ان فرضيه الحج نزلت سنه خمس من

الحجوم ثم اخر صلى الله عليه وسلم الى سنة عشر وكان مقيما
بالمدينه لا مجاهدا ولا مصدودا ولا مشغولا يشغله
عن الحج مسيلة الصرورة وهو الذي لم يحج عن نفسه
اذا نوى الحج عن غيره او نوى النفل او النذر فانه ينصرف
الى حجة الاسلام التي عليه وقال ابو حنيفة
رحمه الله يصح كل حج يؤديه على ما نواه الا ان يطلق النيه
فان ينصرف الى حجة الاسلام عنه والمسله من جانبنا
خبريه والاعتماد فيها على الحديث الصحيح والنص الصريح
الذي لا تاويل فيه وهو ما رواه الحسن بن ذكوان عن
عمرو بن دينار عن عطا عن طاوس ورواه الحسن بن ذكوان
عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سمع رجلا
يلبي عن شبرمه فقال ويحك من شبرمة فذكر صديقا
له فقال او حججت عن نفسك فقال لا فقال هذه عن نفسك
ثم حج عن شبرمه والقياس مع ابي حنيفه فانه يقول الحج
عند لم يجب على التراخي فانه لم يتعين له زمان وعلى

وان كان على الفور غير ان الزمان لم يتعين له فان هذه العبا ده
مقدره بالفعل لا بالزمان فجاز ان يوقع في ذلك الزمان
غيرها كالصلوة فانه يصح ان يوقع في وقتها الفرض النفل

كتاب البيوع مسئلة شري الاعيان

الغايبه لا يصح عندنا على القول المنصوص في الخلاف
والقول الثاني وهو مذهب الخصم انه يصح ويثبت
للمشتري الخيار اذا راه وفي بيع الاعيان الغايبه طريقان
ان قلنا ان الشرا باطل فالبيع اولى وان قلنا يصح ففي البيع
البيع قولان والفرق بين البيع والشري ان البايع مفرط
لانه غير معذور في ترك الرويه اذ المبيع لما في يده او
بيد نايبه والمشتري معذور في ترك الرويه لكون المال
ابين في يده والمسله متصورة فيما اذا ذكر جنس المبيع ونوعه
مقتصرا كقولك بعتك عبدا تركيا او ثوبا مسطيا وما
حد النظر فيها ان الجهل بوصف المبيع عندنا كالجهل
باصله وابو حنيفه فرق بينهما وسبيل كشف الغطا

على الناظرين ان نقول لا خلاف ان الجهالات باسرها مما لا
يحتمل في عقد البيع حتى لو قال بعتك شيئا او بعتك
ثوبا او بعتك بزة هذه الصبرة او بما باع به فلان عبده
فانه لا يصح العقد ولا خلاف ايضا ان حقيقة العلم
بالمبيع والاطلاع على خفاياه وزواياه مما لا يشترط
حتى يصح ان يشتري الجوهر من لا يعلم حقيقتها والثوب
من لا يعرفه فلا بد اذا من ضابط ولا ضابط الا الرؤية
والعيان لانه اوفى مدارك العلم والاحاطة وهو
سبب حصول العلم فاشترط الشافعي وجود سبب
العلم لا حقيقة العلم فان في اشتراط حقيقة العلم مشقة
يلزم من مشاقها ان لا يصح شرى الجوهر الا من جوهري
وشرى الثوب الا من بزاز والعبد الا نخاس وهلم جرا و
ذلك حرجا عظيما يفسد به ابواب المعاملات
على الناس وصار هذا كما قلنا في رخص السفر فانها
في الاصل شرعت للمشقة ثم لما كان ذلك يختلف

ضبطناه بسببها وهو السفر وقلنا الرخص تتعلق بالسفر
واعرضنا عن عين المشقة ثم الرؤية عند الشافعي ليست
شرطا لعينها بل لان عدمها يؤدي الى غرر وجهل بصفات
المبيع المقصوده واذا ثبت ان الجهالات كلها لا تحتمل
في العقد والعلم حقيقته لا يشترط حتى يعفى عن بعض
الجهالات فلا بد للجهالة من ضابط فنقول الضابط
في الجهالات المانعة ان كل غرر يجتنب في مطرد الاعتبا د
ليسهل تكلف ازالته اذا قارن العقد منع صحته
فنطرد ما ذكرناه من المسايل اما ابو حنيفة رحمه الله
فانه يقول الذي يقتضيه القياس الكلي والمعنى الواضح
الجلي في البياعات ان يعتمد على تراضيهما ومشيتهما
فيما يعقدان عليه فان الرضا هو الركن قال الله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم الا ان الشرع
قيد بعض التجارات بشروط وقيود فاتبعنا موارده
وبقينا فيما لم يقيده على الاسترسال واتباع قياس الرضى

وافضى ما يوثر فيه عدم الرويه الجهل بالعقاب والجهل
بالصفات لا يجوز ان يقدح في اصل العقد لان صفة العين
تابعه للعين فهي في حكم الفرع لها وما كان في حكم الفرع
لا يجوز ان يتسلك لفواته اصل العقد بل يجب ان يكون
الحكم فيه في السبب لا يزيد عليه فاذا جهل وصف المعقود
عليه سلبنا العقد وصفه وهو اللزوم واذا جهل
اصل المعقود عليه اسلبنا اصل الصحه وشبهوا
هذا بما لو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض
فانه يسقط بقسطه من الثمن ولو اشترى عبدا
فقطعت يده قبل القبض لا يسقط شي من الثمن لانه كان
الوصف والتابع فلا يسقط لاجله ما يسقط بفوات
ما هو اصل وهذا الذي ذكروه باطل حكما ومعنى اما
حكما فبالسلم فانه لو اسلم اليه فيما لم يذكر صفته لا يصح
وكان الجهل بالصفات موثرا في ابطال اصل العقد لا في
صفته ولا يقال بان المعقود عليه الصفه لان الصفه

قول الواصف وقوله ليس معقودا عليه بل المعقود
عليه عين موصوفه يتعين في الحال وفي مسئلتنا المعقود
عليه ما يتعين في الحال واما معنى فلان الجهل بالصفه
يطرق الجهل باصل المعقود عليه ويورث النقصان فيه
وذلك ان المالية هي المعقود عليه فان ما لا مالية له
لا يصح العقد عليه وقوام المالية بالصفات من حيث
ان المالية يزيد بزيادتها وينقص بنقصانها فقواتها
يسقط جزءا تابعا من المالية كالثلث والربع وليس
هذا تابع بل هو اصل اذ ليس جعل بعض المالية تابعا
لباقيه باولى من العكس فدل ان جهالة الصفات
تورث جهلا بالمعقود عليه مسئله خيار المجلس يثبت
عندنا في عقود المعاوضات المحضه وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا اصل لخيار المجلس والمسئله
من جانبنا خبريه ومعتمد الشافعي فيها الاخبار الصحيحه
والنصوص الصحيحه ومعتمد ابي حنيفه فيها التمسك

بوضع البيع ومبناه فانه على اللزوم دون الجواز وقرروا
هذا بان للعوض تاثيرا في لزوم العقود بدليل ان الهبه
قبل القبض غير لازمه وتلزم بالقبض وكذلك الطلاق
فالاولى في مسئلتنا اولى لان العوض في المسئلتين دخيل
وها هنا اصل ونحن نقول هذا باطل لان قول القايل
بعتك او ملكتك وقول المشتري اشتريت او تملكت
ليس دالا الا على اللزوم قطعا ولا ينبي عنه الصيغه وضعا
بل للبيع في نفسه قابل للجواز واللزوم جميعا فهما صفتان
له ويدل على ذلك يجوز ان يوصلح للخيار باشتراطهما
ولولا انه يقبل الجواز بالوضع لما قبل ذلك
باشتراطهما واذا ثبت انه قابل للجواز وجب انعقاده
جايزا الا ان البيع سبب زوال الملك قد يتعقبه الندم
والشرع ناظر للعباد وللندم تاثير في اقتضايه بدليل
الاقاله المحثوث عليها وخيار الشرط مسئله

خيار الشرط موروث وقال ابو حنيفه لا يورث
وصورته ان يشتري شيا بشرط الخيار ثم يموت قبل
تصرم المده وانقضايها فان وارثه يقوم مقامه في الفسخ
والامضا عندنا وقال ابو حنيفه الخيار باطل
والعقد لازم وماخذ النظر فيها الحاق الشافعي
هذا الخيار بخيار الرد بالعيب بطريق الشبه وذلك
ان الاشباه المرعيه من القضايا الشرعيه ينقسم ثلثه
اقسام شبه من حيث الخلقه كجزا الصيد فانه يشبه
بمثله في الصوره وشبه من حيث الحكم كقول الشافعي
طهارتان فكيف تفترقان وشبه من حيث المقصود
وهذا الشبه هو اقوى الاشباه واعدلها واجراها
بالاعتبار واولاها وها هنا قد اشتمل الخياران في
المقصود فان المقصود من كل واحد من الخيارين دفع
الظلامه واستدراك الغبنه والثالث بكل واحد
منهما حق الفسخ والامضا وابو حنيفه يقول الخيار

ليس حسا ثابتا بل حقيقة راي ورويه واختيار ومشـ
ورابه صفته قايمه وقد فاتت بفواته بخلاف خيار د
العيب فانه متعلق بالعين من حيث انه لا يثبت
الا لنقصان جزء من العين او نقصان قيمه العين لفوات
صفه ترجع الى العين بخلاف خيار الشرط فانه لا يثبت
لامر يرجع الى العين ولا يتعلق بها بل يمنع لا العوض
اصلا و [illegible] هذا عدول عن وضايع الشرع
وحقايقه وذلك ان العقد صفه شرعيه قدر بقاها
شرعا بدليل ان المسلمين مجمعون على ان العقد يفسخ
ويقدر باقيا حتى يرد الفسخ عليه والا فما كان يحتمل
فسخه فهذا الحكم يدل بقايه شرعا وا الصفات الشرعيه
تتلقى من الاثار الشرعيه لا من القضايا العقليه لانا
لو فتحنا باب العقليات وبنينا عليها الشرعيات لزمنا
ما لا قبل لنا به فان الفقها يقولون الحق في الذمه
ولو قال قايل ما الذمه اهي شي معقول طرف

ـشكله الحق ويودع فيه الدين قلنا لا نشتغل بهذا بل
ـرجع فيه الى الشرع واما الذمه عبارة عن التزام
شرعي فهي صفه شرعيه اطلقناها وكذلك صفه
الحريه وصفه الرق ليس هو شي معقول على التحقيق
انما هذه الصفات عبارة عن احكام شرعيه وكذلك
القول في المنافع لو فتش عنها لم يتحصل لها حصه
ثم هي مقدره باقيه يرد العقد عليها وتنتقل واستدلالنا
بهذا ابو حنيفه فانه يقول العقد يسري الى الولد حتى
ان الزوايد المنفصله تمنع الرد بالعيب والرهن يسري
الى الولد حتى يكون الولد مرهونا فان قدر باقيا وزاد
فلم يقدر بقاه في حق الخيار حتى ينتقل الى الوارث
مسئلة الملك في زمن الخيار ينتقل الى المشتري بنفس
العقد على القول المنصور في الخلاف والقول الثاني انه
لا ينتقل ولنا قول ثالث انه يكون موقوفا فان تم العقد
بينهما تبينا انه انتقل وان لم يتم تبينا انه لم ينتقل وقا

وقال ابو حنيفة ان كان الخيار لهما او للبايع لا ينتقل
وان كان للمشتري وحده خرج المبيع من ملك البايع
ولا يدخل في ملك المشتري وماخذ النظر فيها ان
حقيقة الخيار عندنا ملك الفسخ والبيع سبب موضوع
لنقل الملك بدليل ما لو خلا عن شرط الخيار والشرط
اذا دخل على السبب لا يخرجه عن كونه سببا عندنا
والايجاب والقبول سبب ناقل يخرجه عن كونه سببا
عندنا والايجاب والقبول سبب ناقل للملك وحقيقة
الخيار عندنا ملك الفسخ فلا يمنع اعمال السبب وقال
ابو حنيفة الشرط اذا دخل على السبب اخرجه عن كونه
سببا كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق فان الطلاق
لا يصير سببا للبينونة الا مع شرطه والخيار استثنا
ما كان له بالجهة الاصلية فاذا عقد استثنا الملك
لنفسه في الايام الثلثة فيتخير في هذا الحكم بين ان يثبت
وبين ان لا يثبت في الابتدا بين ان يوجد العقد وبين

وبين ان لا يثبت كما تخير في الابتدا بين ان يوجد العقد
وبين ان لا يوجد وقد استقصينا تقريرا لماخذين في ابطال
ماخذ الخصم في تخريج الفروع على الاصول. مسايل الربا.
مسئلة علة تحريم الربا في الاشيا الاربعة المنصوص
عليها الطعم مع اتحاد الجنس عندنا والجنسية محل التحريم
ربا الفضل وليست احد وصفي العلة وقال ابو
حنيفة رحمه الله العلة مركبة من وصفين وهما الكيل
والجنسية وماخذ النظر فيها اختلاف العلما في حكم النص
الوارد في باب الربا وما رواه عبادة عن الصامت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا البر بالبر
ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا
سوا بسوا عينا بعين الى ان يوجد المخلص وهو التساوي
في المعيار الشرعي والتعليل بالطعم صالح لانه ينبئ عن حرمة
من حيث ان به بقا الحيوان فصار كالبضع ولا يلزم علينا
اذا اختلفا جنسا لانه جاز للحاجة وفي الجيد مع الردي

وان وجد نوع حاجه لاكن الحاجه تندفع بهما والمطعومات
على اختلاف اجناسها اربعه اقوات وادام وفواكه
وادويه وفي الما وجهان وجه كونه مطعوما قوله تعالى
فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فانه مني وقال
ابو حنيفة حكم الفضل ايجاب التماثل في الاموال الربويه
كيلا او وزنا وعللوا ذلك بان الكيل يحقق المماثله
صورة والجنس يحققها معنى فيظهر التفاوت بتعيين
التقابل من حيث ان الاموال المنصوص عليها متساويه
قطعا ولهذا يضمن بالمثل جيدها ورديها سوا بالنص فاذا
تحققت التسويه كانت العله للجنس مع الكيل ونحن
نقول التعليل بالكيل مناقض فان ابا حنيفة قال العله في
التحريم هي الكيل والعله في الخلاص من التحريم هي الكيل
فكيف يكون الشي الواحد عله للتحريم وعله الاباحه
وعله الطعم غير مناقضه فكانت اولى ثم يتفرع عن فهم
حكم الفضل مسالتان من كل واحد من الجانبين احدهما ان

ان الاصل عند الشافعي تحريم بيع اموال الربا بعضها
ببعض والاباحه عارضه عند وجود التساوي
في المعيار الشرعي والاصل عند ابي حنيفة اباحه
البيع في اموال الربويه كما في ساير الاموال والتحريم عارض
عند وجود الفضل في الكيل والوزن الاصل الثاني
ان الاصل عند الشافعي تحريم كل فضل في اموال الربا لان
الربا هو الزياده ومنه الربو وعندهم لا يحرم الفضل
الا في المعيار الشرعي مسئله لا يصح بيع الحفنه من الطعام
بالحفنتين لا بالحفنه عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله يصح ذلك متفاضلا ومتساويا ومأخذ النظر
فيها اعتقاد الخصم ان العله في جريان الربا في البر كونه مكيلا
فيما لا يكال لا ربا فيه والحفنه مما لا يجري فيها الكيل
عادة فلا ربا فيه واعتقاد الشافعي ان العله هي الطعم
وهذا مطعوم وهكذا الخلاف في بيع جوزه بجوزتين
وبطيخه ببطيختين الى نظاير مسئله في النقدين

جوهرية الاثمان عندنا ولا نقول الثمنية كما قال الجمهور
فان الربا يجري في الحلي وكل مصنوع من الذهب والفضة
وليس ذلك بثمن وهذه علة قاصرة على النقدين وقال
ابو حنيفة رحمه الله العلة فيهما الوزن مع الجنس
فيتعدى التحريم الى كل موزون بيع بجنسه متفاضلا
او نسيا متساويا كالحديد والرصاص والنحاس وماخذ
النظر فيها ان الحكم في محل النص يثبت عند الشافعي
بالنص لا بالعلة المستنبطة من النص فجاز ان يكون العلة
مقصوره على محل النص وعند ابي حنيفة رحمه الله يثبت
بالعلة لا بالنص وهذه مسئلة اصولية وهو الكلام في اثبات
اصل العلة القاصرة وصحتها فنحن جعلنا المقصود علما
وقلنا المقصود من هذين الجوهرين الثمنية وهذا يشير
الى مناسبة فان الثمنية وصف شرف حيث انه
قوام المعاش وهو قيم الاشيا واميلك بهذا شرفا
ولو قدر جاز ان يكون علما على الحكم والخصم يقول

التعليل بالثمنية باطل فانها علة قاصرة والعلة القاصرة
باطلة ومعنى بطلانها انها لا يفيد حكما اصلا لا في
محل النص ولا في غير محل النص اما في محل النص فالحكم
ثابت بالنص لا بالعلة وفي غير محل النص لا يثبت حكما
اصلا فانها لا يتعدى فاذا لم تفد حكما اصلا كانت
باطلة والجواب عن هذا ان نقول ينبغي ان
يفهم معنى قولنا الحكم في محل النص يثبت بالنص فان المعنى
به ان النص هو المعرف لثبوت الحكم وهذا لان معرفة
الحكم بالنص يسبق معرفة العلة فان بعد النص يقع البحث
والاستنباط للعلة والا فالحكم عند الله ثابت بالحكمة
والمناسبة فقلنا اصل ثبوت الحكم بالنص وهو مقطوع ع
به والعلة هي السبب الداعي الى اثباته والمصلحة التي
اقتضت شرعه فقد صار النص والعلة لهما فائدة ان
النص مثبت الحكم والعلة داعية الثبوت وصار
كما قلنا في القطع في السرقة فانه علم بنص الكتاب

ثبوته كما قلنا في القطع في السرقة فانه لم ينص الكتاب
ثبوته ثم قلنا الردع والزجر هو الحكمة الداعية الى شرع هذا
الحكم وان الله حكم بما حكم لهذه المصلحة وكذلك القول
في القصاص وغيره من الاحكام فتعدي تلك العلة
الى غير محل النص ولولا هذا لانسد باب القياس بالكلية
فان القياس انما يتحقق بثبوت العلة في المحل المنصوص
وتعديتها الى محل اخر ثم نقول لو كانت العلة في
الوزن قد جرت في الحديد وساير الموزونات لكان
ينبغي ان لا يجوز اسلام الدراهم والدنانير في الحديد
وساير الموزونات لان الدراهم مع الحديد قد اجتمعا
في علة الوزن لان كل عينين جمعتهما علة واحدة من علل
ربا الفضل لا يجوز اسلام احدهما في الاخر كالدراهم
مع الدنانير والحنطة مع الشعير وهذا مما لا خلاف فيه
مسألة الجنس بانفراده لا يحرم النسا عندنا
فيجوز اسلام ثوب في ثوب من جنسه وخشبة في خشبة

وحيوان في حيوان الى اجل وقال ابو حنيفة
رحمه الله الجنس بانفراده يحرم النسا ومأخذ النظر فيها
ان الجنسية عنده شرط او محل لتحريم ربا الفضل والطعم
هو العلة والعلة وحدها يجوز ان تكون عاملة دون المحل
كالزنا بدون الاحصان اما الجنس فشرط محض فلا يستقل
بتحريم النسا كساير الشروط ومحل العلة ما يكثر العلة ويقويها
ويظهر اثرها فيه ولا يناسب الحكم مثاله ما ذكرنا من
الزنا مع الاحصان فان الزنا هو العلة من حيث انه جريمة
جدير بان يناط بها عقوبة والاحصان خلال حميدة ومناقب
رشيدة فلا يناسب العقوبة بل هو مكثر للعلة ومعظم لها
فان الزنا اذا صدر ممن تكاملت عليه النعم كان جديرا
ان تغلظ عليه العقوبة كذلك في مسألتنا فان علتنا الطعم
الذي هو المقصود والجنسية تنبئ عن الاتحاد في المقصود
فقد صار مكثرا للعلة من هذا الوجه اما عندهم فالعلة
ذات وصفين هما الجنس والجنسية ثم انهما واحد

الوصفين فهو الكيل اشتغل بتحريم ربا النسا في اسلام البر
في الشعير فقاسوا به الوصف الاخر وحرموا النسا في
المجانسات وهذا يبطل عليهم بما اذا اسلم هرويا في مروي
فانهم جوزوا ذلك مع انهما جنس واحد وان اختلفا
في الصفة مسئلة التقابض شرط في بيع الطعام بالطعام
عندنا سوا اتحد المجلس او اختلف وقال ابو
حنيفة رحمه الله لا يشترط التقابض في المجلس الا
في عقد الصرف فحسب ومأخذ النظر فيها الاصل
الذي مهدناه في مسئلة علة الربا وهو ان الاصل في الاموال
الربوية تحريم بيع بعضها ببعض عندنا والجواز
ثبت مستثنى عن قاعدة التحريم بشروط منها التقابض
المستفاد من قوله عليه السلم يدا بيد فانه صريح فيه ثم هو
منزل على العادة وهو التقابض في المجلس والاصل عند
ابي حنيفة اباحة البيع في الاموال الربوية كما في سائر الاموال
والتحريم يثبت عارضا عند وجود الفضل في الكيل والوزن

وزعم انه الافضل ههنا لان المقبوض في مجلس العقد
كالمقبوض في غير المجلس وهذا فاسد لان الاعيان تراد
للانتفاع والمقبوض اقرب الى الانتفاع من غير المقبوض
ثم هو باطل بالصرف فان اعتذروا بان النقدين لا يتعينان ن
بالتعيين فيصير بيع الدين بالدين فيلزمهم ما اذا احضر
احدهما فانه لا يكون دينا بدين وقالوا كيف يكون شرطا
لصحة العقد وهو متاخر عن العقد قلنا مجلس العقد حريم
للعقد فاخذ حكمه ويدل عليه ان عندكم لو باع سلعة بمجهول
او باع بما باع به فلان سلعته اذا ارتفعت الجهالة في المجلس
صح العقد وان تاخرت بطلت مسئلة بيع الرطب بالتمر
لا يصح عندنا وفي بيع الرطب بالرطب وجهان وقال
ابو حنيفة يصح وقيل انه لم يسبقه احد الى القول
بهذه المسئلة فانه خالف اجماع ما قبله ومأخذ النظر
فيها بنا على الاصل الممهد ان التحريم الثابت بالحديث
انما يرتفع عند تحقق شرط الاباحة فمهما علمنا

الاباحه فمهما حكمنا انتفا الشرط او لم نعلم وجوده
حكمنا بالبطلان ولا فرق بين ما يفقد فيه الشرط لعدمه
وبين ما يفقد للامتناع من اجرايه مع تيسره وقال
ابو حنيفه يصح لتحقق المساواه في الكيل وهو باطل ببيع
الحنطه بالدقيق والسويق وبيع الحنطه المقليه بالحنطه
النيه او المقليه مسئله لا يصح بيع مد عجوه ودرهم
بمدي عجوه وقال ابو حنيفه يصح والمسئله مشكله
ولها صور احداها هذه وهو ان يبيع مد عجوه قيمته درهمان
ودرهمان بمدي عجوه قيمتهما درهمان والماخذ المشهور
من جانبنا قول الاصحاب مقتضى عقود المعاوضات عند
الشافعي رحمه الله توزيع اجزا احد العوضين على اجزا
العوض الاخر باعتبار القيمه فيقع العشر في مقابله
العشر والخمس في مقابله الخمس وذلك يفضي الى التفاضل
في الصوره المفروضه ونظايرها بيان ذلك هو ان القيمه المال
الذي مع الدراهم اذا كان درهمان فيصير مع الدرهم

الذي معه ثلثه دراهم فنقول الدرهم هو ثلث ما في هذا
الجانب فاذا وزعنا على الجانب الاخر قلنا هذا الثلث
يقابله من المدين ثلثهما وهو ثلثا مد فيبقى مد وثلث في
مقابله مدين فهذا يفضي الى الربا وعين التفاضل فبطل
العقد ومستند الاصحاب في مصيرهم الى هذا التخريج
مسئله نص عليها الشافعي في المختصر فقال لو اشترى شقصا
وسيفا بالف قيمة الشقص الفان وقيمه السيف الف
ثم ان الشفيع اراد ان ياخذ بالشفعه فانه لا ياخذ الشقص
والسيف جميعا لان السيف لا يستحق بالشفعه اذ
هو من قبيل المنقولات وانما ياخذ الشقص فلا بد من
توزيع فيوزع قدر القيمه وقيمه الشقص ثلثا الف وقيمه
السيف الثلث الاخر فياخذ الشقص بقدر قيمته
ومعلوم ان الشفيع يبني ولا يبتدي فلولا ان عقد
المشتري يقتضي ذلك والا لما وزع وهذا الماخذ
مع اشتهاره بعيد عن المألوف بل الذي يقتضيه

وضع العقود والبياعات مقابله الجمله بالجمله مع الابهام
والاشاعه من غير اقرار معتاد بتعيين ما يقابله على الخصوص
بل مقصود العاقد ان يكون الصفقه رابحه ولا يخرج خاسر
واذا لم يكن عليه غبينه وحصل مقصوده وغرضه
من خروج صفقته رابحه فهو لا يبالي بعد ذلك بالتوزيع
ولا يلتفت اليها واما المسله التي ذكرها الشافعي لم يمكن التوزيع
فيها لانه مقتضي العقد وانما نشا ذلك من ضروره الحاجه
الى اخذ الشقص بالشفعه فهو سبب قد نشا وحاجه
قد عرضت وصار هذا بمثابه جماعه ورثوا دارا فانها
تكون بينهم على سبيل الابهام والاشاعه فلو طلبوا القسمه
فتسماها وحصل كل واحد نصيبه او عرفه فانه لا نقول
قائل هذا مقتضي الموت لان الموت افضي دخول الدار
جمله في ملكهم وانما نشا هذا من ضروره القسمه كذلك
هذا وما نعتذر ابو حنيفه رحمه الله من صرف الجنس
الى خلافه حتى يقابل كل شي بغير جنسه ليصح العقد

فحكم انما لا نعصي لعقله ولا نبني لصيغه عنه واذا لم
يكن الى ما ذكره الاصحاب من اعتبار التوزيع سبيل ولا ماذ كم
ابو حنيفه من مقابله كل شي بغير جنسه عليه تعويل فالماخذ
الصحيح ان نقول الشرع تعبدنا بالمماثله في هذه المسله والجهل
بالمماثله كعلم المفاضله اذ لا فرق بين ان لا يتيقن امتثال الامر
وبين ان نعلم انا ما امتثلناه فيما والباب باب الربا وهو
مما يحتاط للخلاص منه وصار بمثابه ما لو باع صبره بصبره جزافا
فانه لا يصح العقد وفاقا ولو خرجتا متساويتين لا نا جعلنا
تماثلهما حاله العقد مسله بيع اللحم بالحيوان الماكول باطل
عند الشافعي وفي بيعه بغير الماكول قولان مشهوران
وقال ابو حنيفه رحمه الله يصح مطلقا وقال
محمد بن الحسن يصح بطريق الاعتبار على معني ان يهدر اللحم
في الشاه موزونا فان كان اللحم الخالص اكثر فيقابله بعض
اللحم وبعضه الاخر يقابل السقط حتى يحصل التساوي

فيصح وان كان مثله او اقل فلا واعلم انه لا سبيل الى قياس
البطلان في هذه المسألة من قاعدة الربا على ما هو المشهور فان
الحيوان ليس بمال الربا بدليل انه يجوز بيع حيوان بحيوانين فبيع
اللحم بالحيوان بيع مال الربا بما لا ربا فيه وانما البطلان على
سبيل الابتداء متلقى مما رواه مالك بن انس عن زيد بن
اسلم عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع اللحم بالحيوان ودلالة النهي على الفساد قررناه
في كتاب تخريج الفروع على الاصول والقياس مع ابي
حنيفة غير ان النص مقدم عليه مسألة اذا اشترى
شيئا من النقود تعين ملكا للبائع حتى لو خرج مستحقا
تبين بطلان العقد ولو تلف قبل القبض انفسخ العقد ولا
يستقل المشتري بابداله كما لو تلفت السلعة خلافا لابي
حنيفة رحمه الله في الجميع ومأخذ النظر فيها ان العوض
والمعوض كل واحد منهما ركن مقصود بالعقد عند الشافعي
ومقتضى عقد المعاوضة التسوية بينهما وقال ابو

حنيفة ركن العقد والثمن حكم العقد ومعنى قولهم ركن العقد ان
وجود العقد بدونه لا يتصور لانه محل لاضافة الصيغة
اليه بخلاف الثمن فانه غير داخل في حقيقة العقد بل هو حكمه
وجوده ووجوبه في الذمة وهذا لان الثمن ليس عينا مقصودا
يقصد بالعقد اذ لا وجود له قبل العقد بل المقصود بالعقد
المبيع اما الثمن فوجوده بالعقد وهو يجدد اللزوم في الذمة
لتصير المملوك تمليكا ببدل ويصير بيعا وما يوجد بعد
العقد يكون حكما للعقد وتابعا له لا ركنا ولا محلا ولهذا
جاز البيع من المفلس بالف دينار وهو لا يملك حبة ولو
كانت الدراهم مقصودة لما ان المفلس قد باع ما لا يقدر
على تسليمه وذلك لا يصح الا بطريق الرخصة في السلم ونحن لا
نسلم هذا الافتراق بين المثمن والثمن بل نقول الحادث بالعقد
ملك الثمن على وزان ملك المثمن لا فرق بينهما الا ان المبيع
موجود محقق حسا والثمن مقدر شرعا والمقدر الشرعي
في قضية العقد وقبول حكمه كالمحقق الحسي بدليل السلم

فيه مسئلة بيع العقار قبل القبض باطل عندنا
خلافا لابي حنيفة رحمه الله ومآخذ النظر فيها
تنقيح مناط الحكم في بيع المنقول فمعتقد الشافعي رحمه
الله ان مناط الامتناع هنالك قصور السبب
وهو البيع العاري عن القبض لوكد الذي قد ينتهض
مقيدا للملك في غيره كالهبة والاصطياد ودليل
قصور الملك احتمال الانفساخ قبل القبض فانه يعرض
الارتداد والرجوع الى ملك البايع بما يعرض عليه
من الاوقات ويحدث من الحوادث فدل انه ملك
متزلزل ضعيف غير مستقر ومعتقد ابي حنيفة ان
الامتناع عن انفساخ البيع بهلاك السلعة وامتلا
الملك الى البايع والانفساخ قبل القبض يوجب
رفع الملك من اصله فيبطل كانه بيع ملك
الغير وذلك معدوم في العقار فانه لا يتصور هلاكه
فقد امن انفساخ العقد فيه ونحن نقول هذا فاسد

من وجهين احدهما البحر فيصر انا لا نسلم انه لا يتصور
هلاكه اذ من الجائز ان يركبه لجة او يكبسه الرمل
فيصير تلفا فان قالوا هذا نادر الا انه اذا اتفق رملا
يومن وقوعه الجواب الثاني ان هذا الذي
ذكرتموه امر نشا من قوة المبيع وانه لا يتصور هلاكه
وقوة الملك لا ينبغي ان يوخذ من قوة المبيع بل ينبغي
ان يوخذ من قوة البيع فان البيع لا يختلف في القوة
والضعف وسرعه القوي والحكم واحد فان الحديد اقوى
واعصى من الزجاج ثم لا يجوز بيع شي من ذلك قبل القبض
واذا اضبطناه بالبيع لم يختلف قلنا كل مبيع لا يجوز
بيعه قبل قبضه وهذا اولى مسئلة الزوايد المنفصلة
من المبيع كالاولاد والثمار لا تمنع الرد بالعيب عند
الشافعي رحمه الله عليه بل يسلم للمشتري ويرد الاصل
سوا حصلت قبل القبض او بعده وقال ابو حنيفة
رحمه الله ان حصلت قبل القبض لا تمنع الرد بل ترد

مع الاصل ان حصلت بعد القبض لا تمنع الرد بل ~~[illegible]~~
منعت الرد وان رضي البايع به وتعين حقه في الارش ساعدنا
في المنافع والاكتساب ومأخذ النظر فيها ان الزوايد الحادثة
عندنا ليست بمبيعة ولا قابلها الثمن من حيث انها كانت
معدومة حالة العقد والمعدوم لا يتناوله العقد وانما استفادها
بملكه الذي استقر له بالعقد فجاز ان يمسكها ويرد الاصل وعندهم
ان الزوايد مبيعة من حيث ان العقد يتقدر بقاؤه واستمراره
واذا قدر بقاؤه فلا بد من محل ومحله المعقود عليه واذا
ثبتت هذه الصفة للمعقود عليه سرت الى الولد وبطون
الاستيلاد فانه لما ثبت صفة للام سرى الى ولدها وصار
حكمه حكم الاصل واذا صارت مبيعة فقد قابلها الثمن فلا
يجوز ان يقبضها مجانا من غير عوض ويرد الاصل لانه
يجر الى قاعدة الربا لان الربا فضل لا يقابله عوض قالوا
ولهذا قلنا لا يجوز ان يتراضيا على فسخ الاصل ويبقى
الولد لان المنع لحق الله فلا يزول هنا بتراضيهما

ونحن نقول هذا فاسد لان الربا هو الزيادة التي يتناولها العقد
من غير مقابل لها والزيادة الحاصلة بعد العقد فلا تكون ربا
بدليل ما لو اشترى شيئا ثم ابراه من الثمن فانه ظفر بالمبيع
والثمن جميعا ولا يعد ذلك ربا مسألة وطء الثيب
لا يمنع الرد بالعيب القديم عندنا وقال ابو حنيفة
يمنع الرد وللمسألة مأخذان احدهما ان منافع البضع
عند الشافعي مجراة على حقايقها وعندهم ملحقة بالاجزاء
والاعيان واستيفاؤها كنقصان جزء في يد المشتري
وذلك مانع من الرد وقرروا هذا بان الوطء عيب ونقصان
في حق الموطوءة يقتضيه العرف والشرع ولهذا وجب المهر
على الزوج جزاء له وهذا يلحق بسبيل الابانة عند الجاني
وبمجرد المضاجعة وبما اذا اشترى عبدا وجرحه ثم اطلع
على عيب به فرده فان فيه عارا عليه ثم لا يمتنع الرد المأخذ
الثاني الرد بالعيب فسخ العقد من اصله ورفع له من اوله
فتبين بذلك ان الملك لم يكن للمشتري فاذا رد مكانه

وطي في ملك الغير والوطي في ملك الغير لا يخلوا من عقر
او عقوبة فان عليا وعمر رضي الله عنهما قضيا بامتناع الرد
وزيد ابن ثابت وابن عمر صارا الى الرد مع العقر فالقول
بالرد بجانا نعصي الى وقوع الوطي في ملك الغير فالقول
بالرد وذلك زنا بخلاف الاستخدام فانه يجوز ان يوجد
في ملك الغير خاليا عن غرامة وعقوبة وانه يستباح
بالاباحة وهذا الماخذ اقتصر دودا الوجهين احدهما
ان عند ابي حنيفة يجوز الفسخ بالتراضي بعد جريان
الوطي ولو كان المنع لكون الوطي جرى في ملك الغير
لامتنع الفسخ بكل حال راضيا او لم يتراضيا الا
ترى ان في الزوايد العينية لما كان المنع لحق الله تعالى
وهو اجراء الى قاعدة الربا حيث تمسك فضلا لا
مقابل له قلتم لا يجوز الفسخ لا بالتراضي ولا بغير
التراضي الثاني انه لو باع شقصا مشفوعا فان
الشفيع يستحقه فلو رد بالعيب لا يسقط حق الشفيع

مسألة اذا باع عبدا من رجلين فلاحدهما ان ينفرد
برد نصيبه بالعيب القديم في احد القولين والقول
الثاني ليس له ان ينفرد بالرد وهو مذهب ابي حنيفة
وماخذ النظر فيها ان الصفقة عندنا يتعدد بتعدد المشتري
كما يتعدد بتعدد البايع والتشقيص الحاصل عند رد
احد المشتريين نصيبه نشا من الايجاب لا من القبول
فانه لما قال بعت منكما فكانه قال بعتك وبعتك
وانما يختلف هذا باختلاف الاضافة اذا اضيف
الى البايع قبل ذلك وان اضيف الى المشتري على
حصول لو كان يقدر زوالا من جهة البايع ثم يقدر
حصولا للمشتري بعده لكان المشتري قد تلقى الملك
لا من البايع وذلك محال فهو في ضرب المثال بمثابة
جوهر انتقل الى جهة فان اضيف الى المكان الذي
انتقل منه فهو زوال وان اضيف الى المكان الذي
ثبت فيه فهو حصول اذا كان الحصول هو الزوال

كان البايع هو الذي شقص بعض الاشكال الذي
لهم على هذا الماخذ قولهم الدليل على ان الايجاب متحد ان
القبول متحد فانه اذا قال بعت منكما لا يجوز
لاحدهما ان ينفرد بالقبول بل لا بد وان يقولا
قبلنا معا ونحن نمنع هذا الحكم على قول مخرج من نص الشافعي
فيما اذا قال لزوجتيه خالعتكما على الف فقالت احدهما
قبلت في خمسمايه فانه يصح وماخذ الخصم ان الصفقه
متحده من حيث ان المبيع خرج من ملك البايع جمله
واحده ويعود اليه مشقصا والتشقيص تعيب ذلك
عيث يمنع الرد بالعيب القديم وهذا ينتقض عليهم
بما اذا كان المشتري مكيلا او موزونا فانه قال
لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالرد وان لم يعيب له التشقيص
مسئله الحاق الزياده بالثمن والمثمن بعد لزوم العقد
واستقراره لا يجوز وقال ابو حنيفه رحمه الله
يجوز الحاق الزياده بالثمن والمثمن والحط منه بكل

حال وماخذ النظر فيها ان الزياده الملحقه بعد لزوم
العقد لا مقابله لها عندنا لان كل عوض قد صار مستقرا
لصاحبه فلم يبق لاستحقاق الزياده وجه وماخذ الخصم
ثلثه احدها ان قول الحلف لا يلغي منهما امكن
العمل به والتقدير له وهذه الزياده امكن ان يجعل لها
مقابلا على تقدير ان يجعل الزياده فسخا للعقد واعادة
فيدرج في اللفظ ذلك لضروره تحقيق المقابله كما
يقدر الانتقال في قوله اعتق عبدك عني على الف
وهذا ظاهر البطلان فان اللفظ انما يدرج فيه ما دل
عليه الصيغه نطقا وقوله زدت والحقت يقتضي
تقدير الاصل وضم شي اليه لا ينبي عن الفسخ والاعادة
اصلا لا صريحا ولا تعريضا بخلاف قوله اعتق عبدك
عني فان قوله عني كنايه عن حصول الملك له والرضا
به حتى لو قال مطلقا اعتق عبدك لا يقع عنه
الماخذ الثاني قولهم لان الزياده لحق العقد بطريق

الاستناد الى ابتدائه فكان العقد انعقد بالجميع واشتمل
على الكل و الاستناد من معقول غير منكر بدليل انه لو
نصب شبكة في مدارج الصيود ثم مات وتعلقت
بها طيبة بعد وفاته فانها تحصل في ملكه حالها حتى يقضى
منها ديونه وتنفذ وصاياه ؛ دل ذلك بطريق الاستناد
كذلك هاهنا وهذا ايضا باطل فان الشفيع اذا اخذ
بالشفعة انما ياخذ بالثمن الاول لا ياخذ بالثمن الاول
والزياده ولو استندت الزياده الى الثمن الاول لكان
يجب ان ياخذ الشفيع بالجميع المأخذ الثالث
قولهم الحاق الزياده تصرف في العقد بتغيير وصفه لا
بتغيير اصله ويعنون بذلك ان العقد على اوصاف
يقال صفقه رابحه وصفقه خاسره وصفقه عادله
فاذا الحق زياده بالثمن تغيرت الصفقه من صفة
الاعتدال الى صفقه الربح وشبهوا هذا بما اذا اشترى
شيئا فوجد به عيبا وقد حدث عنده عيب اخر

فانه ياخذ الارش عن العيب القديم وهو تغيير وصف
العقد فان العقد كان عادلا فصار رابحا وهذا المأخذ
ايضا فاسد لوجهين احدهما ان الصفه تابعه للاصل
واذا قالوا ان الزياده لها رتبة الاوصاف فكان ينبغي
ان لا تصير اصلا وعندهم لو ضم الى العبد المبيع عبدا اخر
صح وصار اصلا حتى اذا تلف قبل القبض سقط بقسطه
من الثمن فقد صارت الزياده اصلا ومن حقها ان يكون تبعا
وهذا بخلاف مسئلة الارش فان اخذ الارش في مقابلة حق
استحقه وهو صفة السلامه وهاهنا لا مقابل له على
ما نبينه مسئله اذا باع الفضولي مال غيره او زوج ابنة
غيره فالعقد باطل عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله
ينعقد العقد ويقف نفوده ولزومه على اجازة المالك
او الولي حتى قالوا لو وطي قبل الاجازه لا حد عليه وهكذا ي
الخلاف في سائر تصرفاته وما خذ النظر فيها ان الايجاب
والقبول لهما حكمان عند ابي حنيفه احدهما الانعقاد

وهو مفترن بهما ومعناه الانباط اكاصل بين الخطاب والجواب
والثاني زوال الملك وهو حكم منفصل عن الانعقاد بدليل
الهبه والوصيه فان لها انعقاد بسبب يحصل فيهما الايجاب
والقبول والملك لا يحصل الا بعد القبض والموت وهذا
الانقسام باطل عند الشافعي فان الانعقاد لا يصلح ان يكون
حكما للعقد فان حكم الشي ما هو المقصود والمراد منه شرعا
والبيع لا ينعقد لينعقد الشي ما هو المقصود والمراد منه
شرعا والبيع لا ينعقد لينعقد وانما ينعقد ليفيد بانعقاده
حكمه ولان تقدير بقا العقد الذي قد مضى مخالف للحقيقه
فلا يصار اليه الا لضروره وايقاف احد شقي العقد
على الاخر اعني تقدير بقا الايجاب الى حين اتصال القبول
به كان لحاجه وهذا بخلاف الهبه والوصيه فان تمام
السبب في الهبه بالقبض وفي الوصيه بالموت والقبول
مسئله البيع الفاسد لا يفيد الملك بحال سوا
اتصل به القبض او لم يتصل وقال ابو حنيفة

رحمه الله يفيد الملك عند اتصال الملك بالقبض لكن ملكا
خبيثا وتفسير الخبيث عنه انه مستحق الازاله ولا يمكن
من الانتفاع به شرعا ويمكن من ازالته فان كان المبيع جاريه
يملك بيعها واعتاقها ولا يملك وطئها وان كان طعاما ملك بيعه
والتصدق به دون اكله وصوره المسئله ما اذا باع بخمر
او خنزير او ثمن مجهول وباع درهما بدرهمين الى نظايره
وما خذ النظر فيها ان الفاسد المنهي عنه لا يصلح طريقا
لافاده الملك عندنا لان الملك حكم شرعي فلا ينال
ولا ينال الا بسبب شرعي والبيع الفاسد محظور فيح
فليس بشرعي وعلى ما حدان احدهما قولهم ان البيع
الفاسد مشروع باصله والذي يتطرق الى صفته
لا الى اصله لانه لم يمنع لكونه بيعا فلو ابطلنا اصله
لكان يقلب الوصف اصلا وذلك لا يجوز لان الوصف
تابع وزايد ونحن نقول هذا فاسد لان الوصف اذا كان
مرتبطا بالاصل ومقيدا به لا يقال الاصل مطلق والوصف

زايد وتابع بل هما شي واحد ويصير بمنزلة اللفظ مع الاستثنا
منه فانه لا يقال اللفظ مطلق والاستثنا زايد عليه بل
اول الكلام مرتبط باخره واخره مبني على اوله كما لو قال
انت طالق ثلاثا الا ثنتين ينقطع اخر الكلام عن اوله كذلك الصفه
مع الموصوف شي واحد فاختلالهما يخل بالاصل فان قالوا
الكتابه الفاسده لازمه على هذا فانها خارجه عن الشرع وقد
افادت حكم الصحيح قلنا الاحكام التي تثبت في الكتابه
الفاسده من احكام الصحيحه انما هي معلقه على صيغه التعليق
والتعليق صحيح لا فساد فيه فان قوله ان اديت الي خمرا
فانت حر كقوله ان دخلت الدار فانت حر فان زنيت
فانت طالق فهذه الاحكام كلها على صيغه التعليق حتى اذا
لم يوجد صيغه التعليق لا تثبت هذه الاحكام الماخذ
الثاني قولهم ان الحكم يتبع السبب اذا كان مباحا افاد ملكا
حلالا طيبا واذا كان حراما افاد ملكا حراما وهذا باطل
بما قبل القبض فان الملك لا يحصل فيه ولا مستند له سوى

ثلاثا الا ثنتين فانه يعد كلاما واحدا وبالاستثناء لا ه

فساد العقد والقبض وكذا الفساد ولا ينفيه فان قالوا
فقد راينا المحظور يفيد الملك كالوطي جاريه ابيه فعلقت
قلنا الملك مضاف الى العلوق وهو من فعل الله لا خطر
فيه ونفس الملك الوطي لا يفيد الملك مسئله الكافر
اذا اشترى عبدا مسلما لا يصح شراوه على القول المنصور
في الخلاف وقال ابو حنيفه رحمه الله يصح شراوه
مفيدا للملك ثم يومر بازالته ويجبر عليه ولا خلاف بين
المسلمين انه لا يعرف بيده بل يقطع عليه ملكه ولا خلاف
ايضا انه يملكه بالارث فان اسلم في يده ثم مات عقيب
ذلك فان العبد يدخل في ملك وارثه وما خذ النظر فيها
ان نفس ملك الكافر على المسلم اذلال له عندنا من حيث
ان الملك اقوى جهات الاحكامات وصفه المملوكيه
اعلى انواع الاستذلالات لتضمنها سلطنة وولايه على المحل
والخصم يدعي ان لا ذل في نفس الملك فانه مجرد نسبه شرعيه
وتبدل اضافه والاذلال الا الاذلال من تباعه واثاره كالاستخدام

واستمتاع وذلك ممنوع منه وفاقا ونحن نقول هذا باطل
لان العجز والذل قضايا عرفيه ولا يصح اتفاق اهل العرف على
عد الملك بمجرده ذلا وهوانا حتى ان من جرى عليه الرق الملك
يوما من الدهر يعير به وان صار ذا مال وخول عبيد ولعل مستند
هذا الاتفاق ان الملك في الغالب مفرون بالاستخدام الذي
هو دليل على القطع ومن قضايا الوهم الحكم على الشي بما يقارنه
غالبا وان خلا عنه على الندور مسئله بيع لبن الادميات
صحيح عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله وكذا الخلاف في
وجوب الضمن باتلافه ولهم في لبن الاماء منع وتسليم وماخذ
النظر فيها ان اللبن عندنا مال ويبدل ويرد بالعيب في ... الالحان
فانه لو استاجر ظيرا لترضع ولدا صح ودخل اللبن في المعاوضه
حتى لو انقطع لبنها ثبت له حق الفسخ والخصم يدعي انه ليس
بمال لكونه جزءا من الادميه من حيث انه حاصل من الدم
الذي هو من اركان الجمله الا انه تبدل صفته والدم جزء و
فكان اللبن جزءا ونحن لا نسلم بكونه من الدم بل يقول هو

هو فضله يتكون من الغذا ويتحصل في الوعا مسئله
بيع الكلب باطل عندنا سواء كان جاهلا او معلما ولا يضمن
بالاتلاف وقال ابو حنيفه رحمه الله يصح بيع
الكلب المعلم ويضمن بالاتلاف وماخذ النظر فيها
ان النجاسه في مورد البيع عندنا يمنع صحه البيع من حيث
ان نجاسته العين تقتضي التحذر والاجتناب ومقصود
البيع هو الانتفاع وذلك لا ينافي الا بالاقتراب وبينهما
تضاد وتنافي وابو حنيفه يقول النجاسه انما تؤثر
فساد الصلوه اما البيع فيعتمد المناسبه وقوامها بالانتفاع ع
وهو جائز مطلقا ونيا ... بذلك بالهبه والوصيه والاجا ن
والجواب ان الاصل تحريم الانتفاع بالنجاسات
والمستثنى رخصه والرخص لا يصح البيع كتناول الميته
ونظائرها وفي الهبه والاجاره منع والوصيه خلافه
وليست بتمليك ولهذا جرت في الخمر مع امتناع البيع
مسئله تصرفات الصبي لاغيه عندنا

سواء كان مميزا او لم يكن وسواء كان باذن الولي او لم
يكن وقال ابو حنيفة رحمه الله الصبي المميز
يصح منه عقود المعاوضات موقوفا على اجازة الولي
وان لم ينفذ رد الولي اجازته حتى لو نفذت بتنفيذه
وارتد برده ومأخذ النظر فيها ان الصبي ليس اهلا
للتصرف عندنا لنقصان عقله من حيث ان الله سبحانه
خلق الصبي في الاصل عديم العقل لا راي له ولا تدبير ولا
تصور ولا تمييز واجرى العادة وطرد السنة بان العقل
ينبت في حقه شيئا فشيئا وينمو يسيرا يسيرا الى ان ينتهي
غايته ويبلغ نهايته واستاثر الله تعالى بالعلم بوقت كماله
وانما جعل لنا ضابطا نرجع اليه وعلما نهتدي به ونعرف
عنده كمال العقل وهو البلوغ فكان ما يوجد من العقل
قبل ضابط الشرع عندنا وهو بمنزلة المشقة قبل السفر
فانه لا يعتد به لوجب الضابط فان العقول تختلف والاراء
تتفاوت فرب صبي محنك ذي بصيرة ورب رجل بالغ

من الكبر عتيا وهو لا يعرف قبيله من دبيره وداب ما كان
في محل اللبس ان يضبطه الشرع بضابط لا يتغير وقد
جمع الشافعي هذه المعاني في عبارة وجيزة فقال غير مكلف
فلا يصح عبارته كالمجنون وابو حنيفة يدعي ان الايجاب
والقبول لهما حكمان احدهما الانعقاد والثاني النفوذ
ونحن لا نسلم انفصال النفوذ من الانعقاد كما تقرر في بيع
الفضولي **مسألة** اذا اختلف المتبايعان في قدر
الثمن او في قدر المبيع او جنسه او اصل الخيار او قدره
او اصل الاجل او قدره تحالفا وترادا الثمن او قيمة التالف
ولا فرق في ذلك بين ان تكون السلعة قائمة او تالفة في
عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله ان كانت السلعة
قائمة تحالفا وان كانت هالكة لا يتحالفان وللمسألة مأخذان
احدهما ان كل واحد منهما مدع من وجه ومدعى عليه من وجه
عندنا من حيث ان كل واحد منهما ادعى عقدا غير العقد
الذي ادعاه صاحبه فالبائع ادعى عقدا بالفين والمشتري

ينكره والمشتري ادعى عقدا بالف والبايع ينكره والعقد بالفين
غير العقد الذي بالف بدليل ما لو شهد احد الشاهدين على
شري بالف والاخر على شري بالفين فلا يثبت العقد بشهادتهما
ولو كان واحدا لثبت بشهادتهما فيما اتفقا عليه كما لو شهد احدهما
بالف للمدعي على خصمه واخر بالفين فانه يثبت الالف لكونهما
اتفقا عليه وانفرد احدهما بزياده وقال ابو حنيفه المدعي
هو البايع دون المشتري فان المشتري قد سلمت اليه العين
لكون البايع قد وافقه على نقل الملك وانما يدعي عليه زيادة
في الثمن ينكرها المشتري وحد المدعي انه كالذي ان سكت
سكت عنه اي اذا ترك دعواه خلي ورايه والمنكر من اذا
ترك الخصومة لا يترك والبايع هو الذي لو ترك الدعوى
لاخلي وسكوته ونحن نسلم ان المشتري لا يخلى ورايه لكن
فيما يدعيه وهو المقابله بالالف من حيث انه مدع مخير
ومن حيث انه مدعا عليه مطالب باليمين كما في حال
قيام السلعه الماخذ الثاني وهو ان المقصود بالتحالف الفسخ

والفسخ في الهالك يتعذر ولا يتصور فارتفع التحالف
لانتفاء ثمرته بارتفاع محله ونحن نمنع ذلك ونقول بل المقصود
من شرع التحالف تخويف الكاذب لعله يرجع الى الحق واما
فسخ العقد بعد التحالف لتعذر امضا العقد بينهما لا لا مر
ثمرات التحالف وذلك لانهما لو تركا على ما هما عليه
لادى الخصومه والتنازع بينهما ابدا فكان الفسخ لقطع
التشاجر

مسالة السلم

مسئله السلم
في المنقطع الجنس لدى العقد اذا علم وجوده عند المحل
قطعا او غالبا صحيح عندنا وقال ابو حنيفه رحمه
الله لا يصح السلم الا في موجود مستمر الوجود من حين
العقد الى محل التسليم وصورة المسئله ما اذا اسلم في الرطب
مثلا قبل اوانه او في ابانه لكن موجلا الى السنه القابله
وللمساله ماخذان احدهما البحث عن القدره على
التسليم اذ لا خلاف في اشتراطها لكن المعتبر عندنا
هو القدره عند الاجل المشروط لانه وقت الالتزام

لذلك ولا يطالب قبله والخصم يدعي ان للعقد اجلان
مشروط مشروع ومشروع غير مشروط وهو الموت
لان حلول الدين قد يكون بالموت والمطالبه عنه يتوجه
بحكم العقد فوجب ان يقدر على التسليم عند كل اجل وما
ذلك الا باستمرار الوجود من العقد الى المحل المشروط
وهذا فاسد لانا نقول يتعذر بالموت المطالبه عليه ولا
على الوارث بل المستحق الخيار ان شا فسخ وان شا صبر الى
المحل ولا ننكر ان الموت اجل للعقد شرعا لكن لا يلزم ان يعتبر
فيه ما يعتبر في الاجل المشروط دون المشروع الماخذ
الثاني في المسله على التسويه من الثمن والمثمن فانهم يسلمون انه
لو باع بمكيل او موزون وكان منقطعا صح والسلم بيع المكيل
واي فرق بين بيع المكيل والبيع بالمكيل ومعتمدهم ما تخيلو
من ان الثمن حكم العقد والعجز عن تسليمه لا يمنع البيع كثيرا
المفلس والعبد عن عجزهما ولنا في الحكم منع وقد بينا في مسله
تعيين النقود ان الثمن والمثمن كان مسله السلم في

في الدين الحال صحيح عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله
وماخذ النظر فيها ان الاجل في عقد السلم شرع رخصه
عندنا من حيث ان الذي يقتضيه قياس المعاوضات
ان لا يجوز اثبات عوض في الذمه حالا لان حقيقه المعاوضه
مقابله مال بمال وما في الذمه ليس بمال حقيقه وانما هو وعد
محض والتزام مجرد والعوض معدوم غير ان ذلك احتمل
في الثمن في البيع المنسي لحاجه اليه من حيث ان كل احد
لا يجد نقدا حاضرا يشتري به فيلتزم في ذمته ليوفيه
وقت قدرته لان المبيع المثمن الذي هو الاصل فبيعه
ممتنع في الذمه غير ان الشرع جوز ثبوته في الذمه في عقد
السلم رخصه على خلاف القياس حيث نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في الرخص في السلم على خلاف قياس
المعاوضات اذا تقرر هذا فنقول السلم اذا كان حالا كان
اشبه بتحقيق المعاوضه فانه تعقبه المطالبه في الحال
بعينه فيقرب من قياس المعاوضه واذا اجل كان ابعد

من القياس بوجهين احدهما انه في الذمه وذلك غرر
والثانيه انه يبعد المطالبه ويوخرها وذلك ايضا غرر وعن
هذا قال الشافعي رحمه الله اذا جاز السلم موجلا فالحال اجوز
وعن الغرر ابعد وابو حنيفه رحمه الله يزعم ان الاجل
في عقد السلم شرع عزيمه لابد منه في العقد من حيث انه
عقد ارفاق شرع لحاجه المفاليس وحاله الدها فانه فان
ايديهم بصفر عن النقود فيحتاجون الى ما يصرفونه في كرى
الانهار وعماره السواد وشري الثيران الى غير ذلك
واقدامه على السلم علم على الحاجه فانه لو كان قادرا على ما
مثل المسلم فيه الحال لباعه باوكس الثمنين في احدى الصفقتين
ولهذا المعنى قلنا لابد من التاجيل المتمهل والاضطراب
ليشتغل بالاكتساب في مدة الاجل او بالاستجلاب عند
حصول الربع فيتيسر التسليم عند حلول الاجل واذا ثبت
كونه موثرا في مصلحه التصرف ومقصوده كان جزوا امرا
يقتضيه فلا ينافيه وهذا الذي ذكروه باطل فانه ينتقض

عليهم بالكتابه اذ ليس في عالم الله اعجز من العبد ولا افلس
منه فلم جوزوا الكتابه الحاله والعبد لا يقدر على شي وكذلك
المفلس المصر الذي لا يقدر على شي فانه يشتري في ذمته
حالا وليس يتمكن منه **مسئله** السلم في الحيوان
صحيح عندنا خلافا له وما خذ النظر فيها ان الحيوان
مما يمكن ضبطه في العقد بالصفات عندنا ولهذا يثبت
في الذمه في الصداق والابل الديه وغره الجنين والمعاملات
مبنيه على المسامحه والمساهله الا ترى ان من اشترى
عبدا وراه لم يحط بجميع اوصافه فان منها ما لا يكشفه
الا الزمن الطويل وكما يشترط رويته في البيع يشترط
وصفه في السلم لان التجارات عقود مراجحه ثم الواجب
تسليم الموصوف بالصفات في ادنى الدرجات والخصم
يزعم ان الحيوان مما لا يمكن ضبطه بالصفات لكثره اختلا
فان بعد الاشتراك في الجنس والنوع والسن واللون
يتفاوت غالبا في صفات تختلف المالية باختلافها

فلا يصح كما في الجواهر ونحن نقول هذا فاسد لان محل
الاستحقاق هو القدر الموصوف وما ليس بموصوف
ولا مذكور لا يكون مستحقا فان التفاوت فيما وراء القدر
الموصوف لا يوجب بطلان الضبط في القدر المذكور كما
في الثياب **مسائل الرهن** مسئله رهن المشاع صحيح
عندنا خلافا له وصورته ان رهن نصف عبد او نصف
ثوب ولا فرق في ذلك بين ان رهن من شريكه او من
اجنبي ماخذ النظر فيها الاختلاف في حكم الرهن
فحكمه عندنا تعلق الدين بالعين ليكون له حق استيفائه من
ثمنها عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن ومنع المالك
من التصرفات المزيله للملك الرقبه كالبيع والهبه تغليبا
للمعنى الشرعي على المعنى الحسي في اللفظ الدائر بينهما وهذا
امر معقول ثابت في الديون فان كل دين علا وكمل وسامى
في القوه يقدم على الدين الذي هو دونه واضعف منه
ولهذا قال ابو حنيفه ان غرما الصحه يقدمون على غرما المرض

وحق الجاني لما تعلق بالعين قدم على غيره وكذلك الدين
اذا تعلق بالتركه قدم على غيره ولا يزاحمه الغرما وقال
ابو حنيفه رحمه الله حكم الرهن ملك اليد على سبيل الدوام
وهما عبارتان عن معنى واحد تمسكا بان الرهن في وضع اللسان
عباره عن الحبس قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
اي محبوسه وقال الشاعر
فارقتك برهن لا فكاك له يوم الرحيل فامسى الرهن قد علقا
ثم يحملونه على الحبس الحسي وهو دوام اليد ونحن نحمله على الحبس
الشرعي وهو منع المالك من التصرف المزيله ملك الرقبه
كالبيع والهبه واذا تقرر ذلك فالمشاع قابل للذي ذكرناه
وعندهم غير قابل لتعذر دوام اليد والحبس على الشايع
مسئله منافع الرهون لا تعطل على الراهن عندنا
بل للراهن الانتفاع به فيما لا ينقص عينا او ماليه ولا يعرضه
للنقصان كلبس الثوب والوطي المعرض لنقصان الولاده
ثم ان امكن الجمع من الانتفاع المذكور وبين يد المرتهن فهو

فهو المتعين ان تعتد بذلك بان كان المرتهن عبدا لا يحسن
الا الخدمه استرد من المرتهن نهارا مع الاشهاد ويرد
عليه ليلا وقال ابو حنيفه رحمه الله منافع المرهون
تعطل في مده الرهن ماخذ النظر ما اسلفناه في المسله
السالفه وهو تعلق الدين بالعين لا يفوت باستيفا المنافع
وعندهم يعطل لان حكمه ملك اليد على الدوام وتمكينه
من الانتفاع يفضي الى سد اليد مسله المرهون
امانه في يد المرتهن لا يسقط عند تلفه شي من الدين عندنا
خلافا لابي حنيفه رحمه الله فانه قال الرهن مضمون
بقدر الدين وزعم ان قبض الرهن قبض استيفا الدين لان
الماخوذ على جهه الشي يتنزل منزله ذلك الشي بدليل يد السوم
فانه لما كان ماخوذا على جهه الشرا يتنزل منزله الشرا في الضمان
كذلك هاهنا القبض على جهه الاستيفا يتنزل منزله حقيقه
الاستيفا في التضمين ثم المقبوض على حقيقه الاستيفا
مضمون كذلك المضمون على جهه الاستيفا قال والدليل

على ان المقبوض على حقيقه الاستيفا مضمون على المستوفي
ان الدين في الذمه لا طريق الى استيفايه حقيقه لانه غير معين
والقبض لا يلاقي العين والدين غير العين ولا يصير بقبض العين
مستوفيا للدين وانما طريق استيفايه ان يسلم من عليه الدين
الى من له الدين الدراهم او الدنانير التي كانت يطالب بها
فتصير مضمونه عليه فيستحق من عليه الدين دينا على من له الدين
في ذمته مثل ما ثبت له في ذمته وحينيذ يتقابل الدينان
فيتقاصان ويتساقطان فيحصل الاستيفا بهذا الطريق لا
قبض الدين حقيقه ونحن نقول هذه الدعاوي مبنيه على اصلين
فاسدين احدهما دعواكم ان يد المرتهن يد ضمان والثاني دعواكم
ان الماخوذ على جهه الشي يتنزل منزله ذلك الشي اما الاول
فبطلانه من وجهين احدهما انا قد بينا ان الرهن لا يقتضي ثبوت
ملك اليد اصلا بل حكمه تعلق الدين بالعين واليد وديعه
بدليل جواز العدل الثاني ان سلمنا ان ملك اليد
ثابت لكن اليد المستحقه لا توجب الضمان لان الاستحقاق

بما في التضمين كما في الاجاره وفي العاريه يجب الضمان لان
اليد عنه مستحقه واما الثاني فباطل ايضًا لان جهه الثمن
دون حقيقته وما جعل فديته ووسيله الى مقصود
فاذا فات ذلك المقصود وجب ان يجعل عدمًا كانه لم
يوجد اصلًا لانه لم يتحقق مقصوده فاما ان يجعل بمنزله
الحقيقه ولم يوجد فهذا في البايع فانه يسقط الثمن لانه
جعل هلاكه حيث لم يوجد المقصود كانه لم يوجد اصلا
واما ضمان يد المسوم فالعله فيه ما ذكره الشافعي فان كل
ما قبضه لمنفعه نفسه من غير استحقاق ضمنه وهذه علتنا
في العاريه وفرقنا بين المستعار وبين الموصى بمنفعته
الموصى له منه قبضه باستحقاق وكذلك المرتهن قبض باستحقاق
فلا يضمن ثم وان سلمنا ان القبض على جهه الاستيفا بمثابه
حقيقه الاستيفا لكن لا نسلم ان حقيقه استيفا الدين
يوجب الضمان على المستوفي قولهم ان الدين في الذمه لا
طريق الى استيفايه حقيقه ممنوع وبيانه من وجهين

٥٢

احدهما ان المعني بالدين في الذمه استحقاق عين من الاعيان
اي عين كانت فاذا اتى بها يتادى به فقد وفاه عن حقه
فلا حاجه الى تضمين المستوفي ثم اجرا المعاوضه بين ما
يلزمه وبين الدين ثم جميع ما اصلوه من الفا عليه منقوض
عليهم بما زاد على قدر الدين فانه مقبوض للاستيفا ايضا وما
هو امانه وكذلك ولد المرهونه مرهون عندهم وهو ايضا
مقبوض للاستيفا ثم لا يسقط شي من الدين بتلفه مسـ[illegible]
اعتاق الراهن العبد المرهون لا ينفذ عندنا على القول
المنصور في الخلاف والقول الثاني انه ينفذ على الاطلاق
الاطلاق ولنا قول ثالث انه ان كان موسرًا نفذ عتقه
وان كان معسرًا لا ينفذ وهو اضعف الاقوال وقال
ابو حنيفه ينفذ عتقه بكل حال ومآخذ النظر فيها ما قدمنا
في المسايل السالفه وهو ان حكم الرهن عندنا تعلق الدين
بالعين حتى يصير المرتهن احق ببيعها واذا تعلق حقه بالعين
فالعتق لاقي العين فيمتنع وحكمه عندهم اثبات يد المرتهن

مع خلو العين من حق الغير وقد سبق تقرير الماخذ **مسألة**
تخليل الخمر حرام والخل الحاصل منه نجس محرم عندنا وقال
ابو حنيفة رحمه الله هو مباح والخل الحاصل منه طاهر حلال
وللمسئلة صورتان احـــداهما الخمر المحرمه وهو خمور
الخلالين التي طرحت لتكون خلا فهذه لا يحب اراقتها
ولا يجب عليهم فيها الثانية الخمور التي ليست محرمه
وهي خمور المواخير التي تتخذ ليكون خمرا فهذه يجب
اراقتها حسبة وكل الخمرين لا يجوز تخليلها وان خللت لا
تطهر وقال ابو حنيفه تخليل الخمر جايز بكل حال وزاد
فقال هو مندوب اليه محثوث عليه وقد بنى الشافعي رحمه الله
هذه المسله على اصله في ازالة النجاسه لانه يرى ان الخل
اذا تنجس بملاقاة النجاسه صار نجسا مقدارا فلا يطهر الا بالما
ولهذا قال ان النجاسة اذا وقعت على الاجرام الصقيلة
كالمراة والسيف فلا يطهر بالخل وما الورد وان كنا
نتحقق زوال النجاسه وبنى ابو حنيفه مذهبه على ان الحكم

٥٩

متى ثبت لعله زال بزوالها وهذا اصل كلي متفق عليه فزعم
ان الحكم كان ثابتا لشده المطربه والشده قد زالت ونحن
نسلم لهم ان الحكم متى ثبت لعله زال بزوالها وهم يسلمون ايضا
ان العله اذا اخلفها عله اخرى فتنصب بقا الحكم ونحن نقول
هاهنا قد زالت الشده المطربه لكن خلفها نجاسه الملح الوا
قع في الخل والحكم المعلق بالشده قد ارتفع وزال فان ذلك الحكم
مخالف لهذا من حيث ان ذلك يوجب الحد بشربها ويكفر
مستحلها ويفسق شاربها وهذه الاحكام قد زالت باسرها
وانما اثبتنا احكام نجاسه الملح فان قالوا اذا زالت جميع الا حكام
فينبغي ان تزول النجاسه ايضا قلنا هذا الان جمع في محل فرق
صاحب الشرع فانه قال في الدباغ هلا اخذوا اهابها
فدبغوه فانتفعوا به وفي تخليل الخمر نهى عنه وزجر وامر بالا راقة فتا
فظهر الفرق بينهما **مسألة** مذهب الشافعي رحمه
الله ان فلاس المشتري بالثمن يوجب للبايع الخيار اذا وجد
عين ماله بحاله ان شا اخذه ورجع فيه وان شا ان اسوه الغرما

وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس له الرجوع بل هو اسوه
الغرما بكل حال ومأخذ النظر فيها ان البيع الثابت في الذمه
يتصور العجز عنه عندنا وعندهم لا يتصور العجز وانما يكون
وانما يكون العجز عن عوضه لان ما في الذمه دين والدين لا
يعصي عيانا انما يقضي بمثالها هذا كلام ابي زيد وقرروا
هذا من وجهين احدهما ان معنى وجوب الدين في الذمه
ربط الاستحقاق بمعلوم موصوف يودي لا عيان المشتمله
على ان المعلوم المستحق سوا وجدت في ملكه في الحال او فقد
وذلك المستحق في الذمه يستحيل العجز عن تسليمه وانما
يعجز عن تسليم عين والثمن هو الدين لا العين والدين لا يملك قضا
عينه اصلا وانما يتصور قضاوه بان يحصل ما يستوفيه مضمونا
عليه فيحصل دينا في ذمته فيتقاصان قالوا ولا يمكن تفسير
الدين في الذمه باستحقاق عشر من العشرات المملوكه له على
الابهام لامرين احدهما انه يلزم ان لا يبيع البيع من
المفلس الثاني ان لا يملك الا دا من عشر يستحق الملك

فيها بعد التسوية فانه ابدال حق المستحق بدون رضاه الوجه
الثاني في تقرير المأخذ قولهم ان الحريه مظنه الاكتساب والاستقراض
والانتهاب فان طرق الملك متعدده والمال غاد ورائح فكانت
الحريه والالتزام سببا ظاهرا على القدرة على التسليم فلا يتصور
عجز عما يوديه الثابت في ذمته ونحن نقول هذا الذي ذكروه
فاسد من وجهين احدهما اتفاقنا على ان تعذر المسلم
فيه والعجز عنه يثبت خيار الفسخ لرب المال مع كونه دينا
في الذمه الثاني انا لم نوجب الخيار للعجز عن عوض وعين بل
للعجز عن الجنس المعلوم في الاذهان الذي هو محل العقد
والجنس لا يختص بعين من الاعيان فمتى عجز عن جنس الدين
فقد عجز عن المعقود عليه وهذا السر كذلك ان البايع لم يرض
بتسليم حقه حرا الا لتسلم له العوض والمقصود من الدين
في الذمه القبض في الحال وقد عجز عنه ومتى حصل العجز
عن مقصود العقد ثبت له الخيار وقولهم في الوجه الثاني
ان الحريه مقصود العقد مظنه الاكتساب قلنا العجز ثابت

في الحال والاكتساب بالجهات المذكوره امر موهوم
فلا يعارضه ولحرمه دليل تصور الملك لا دليل وقوعه
مسئله المحال عليه اذا مات مفلسا او جحد وحلف
لم يرجع المحتال على المحيل وقال ابو حنيفه رحمه
الله له الرجوع وسلم انه لا يرجع بالافلاس حال الحيوه
وماخذ النظر فيها البحث عن حقيقته الحواله ووجه
براه ذمه المحيل بعد الاتفاق على حصول اصل البراه
فعندنا هي براه نقل وتحويل لا براه اعتياض تخص الدين
في حكم المستوفي ودليل البراه سقوط المطالبه لا الى
غايه واشعار الصيغه بها فانها مشتقه من التحويل وهو
النقل من مكان الى مكان وعندهم هي براه اعتياض على
معنى ان الذمه الاولى عوض عن الذمه الثانيه فاذا لم
يسلم له العوض عاد الى المعوض كالمبيع اذا تلف قبل قبضه
وهذا وهم فاسد لان الحواله لو كانت معاوضه لكانت
تعكر على الاصل بالبطلان لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن

عن بيع الكالي بالكالي وفيما ذكروه تحويل بيع الدين بالدين
ولانها لو كانت معاوضة لصحت بلفظ المعاوضة ولصحت
ايضا مع اختلاف الجنس وتفاوت القدر مسئله
ضمان دين الميت المفلس صحيح عندنا وقال ابو حنيفه
لا يصح وللمسئله ماخذان احدهما ان الموت لا يسقط
الدين عندنا ودليله حكمان واقعان احدهما اتفاقنا على
بقايه فيما اذا ضمن عنه الدين ضامن في حال حيوته ثم مات
مفلسا فانهم اجمعوا على بقا الدين على الضامن وهو فرع
على الميت ولو برى الاصيل لبرى الكفيل كما لو ضمن مهر
امراه فارتدت فانه يسقط الضمان عن الزوج ويبرى
الكفيل الحكم الثاني اذا مات وله تركه فانهم وافقوا
على صحه الضمان ومن ضرورته ذلك بقا الدين في ذمه
الميت لان حقيقه الضمان عندنا ضم ذمه الى ذمه توثقا
وعندكم توجه المطالبه على الضامن بالدين الذي على الاصل
وعلى التقديرين جميعا لا بد من بقا الدين على الاصيل ليتصور

حقيقة الضمان اذ لو برئ الاصيل لما صح ضمان الكفيل ولا
نا سلهم في هذه الصوره ونقول الدين باق في الذمه او في التركه
فان قالوا في التركه فباطل فان الاعيان لا يقبل الديون
وان قالوا في الذمه فالذمه قد خربت بزعمهم فلما صح الضمان
عند وجود المال دل على ان الذمه باقيه وقال ابو حنيفه
رحمه الله الدين يسقط بالموت وعمدتهم في ذلك ان قالوا
الدين ليس مالا محققا ولا امرا ماليا الا ان الشرع حكم
بصحته وامرنا بالوفا به فكان حاصله راجعا الى وجوب
تسليم اعيان ومع الموت لا وجوب وهذا الذي ذكروه
باطل بما ذكرناه من الحكمين قالوا ويدل على سقوطه حلول
الحق مع ان الاجل لا يقبل الافراد بالاسقاط فسقوطه
يدل على سقوط الدين قلنا حلول الحق انما مسارعه الى قضا
دين الميت تبريه لذمته وتبريدا لجلده على النار فانه مرتهن
في قبره بدينه على ما نطق به الحديث المأخذ الثالث
ان حكم الضمان عندنا التزام اصل الدين وحكمه عندهم

التزام المطالبه بالدين فحسب لان المطالبه كانت متوجهة
على المديون باداء ما عليه والضامن التزم تلك المطالبه
والمطالبه مستحيله هاهنا لفوات محلها وهذا باطل بالدين
المؤجل فان الضمان يصح به في الحال مع انتفا المطالبه ثم هو
باطل بما ذكرناه من الاحكام مسئله الصلح على الانكار
باطل عندنا صحيح عندهم وللمسئله صور منها ما اذا ادعي
عينا او دينا فانكر المدعي عليه ثم قال صالحني عن دعواك
الباطله فالصلح في الصورتين باطل عندنا صحيح عندهم
وللمسئله ماخذان احدهما ان لشي المدعي لا يثبت بمجرد الدعوى
عندنا لانها محتمله للصدق والكذب ولا مرية لاحد الاحتمالين
على الاخر وعندهم يثبت بالاضافه الى المدعي بمجرد الدعوي
بنا على ان الصدق مدعوا اليه من حيث انه حسن لعينه
وقرروا هذا بان الدعوي خبر والاصل في الخبر الصدق
لانه محثوث عليه والكذب مزجور عنه قالوا ومقتضى
هذا الاصل ثبوت المدعى في حق المدعي بمجرد الدعوي

غير ان الدعوى اذا عارضها الانكار منع ثبوت المدعى
في حق المدعى عليه فقلنا يثبت المدعى في حقه ولا يثبت
في حق المدعى عليه فان الدعوى والانكار تعارضان واعتبرت
البينة للترجيح لا للتصديق ونحن نقول هذا باطل فانه مصادم
لنص قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى
بعضهم دما بعض وقولهم ان الصدق مدعو اليه لعينه
قلنا لا نسلم ان تناسبهم في دعواه للشيء لنفسه المأخذ الثاني
زعموا ان هذا الصلح امكن اعتباره من جانب المدعى معاوضة
ومن جانب المدعى عليه افتداء اما اعتباره من جانب
المدعى فبان ملكه في مقابلة اسقاط الملك فيما ادعاه
وفي حق المدعى عليه بطريق الافتداء لدفع الشر عن نفسه
لان المدعي ينازعه ويرافعه الى القاضي ويطول عليه اشغاله
وذلك اضراره ويجوز للانسان بذل المال لدفع الاذى
عن نفسه ولهذا لو طمع السلطان في مال يتيم جاز للوصي
ان يصالح على شطر ماله دفعا للضرر والتصرف في الواحد

يجوز ان يكون مشروعا بجهتين مشروعتين كما لو شهد بحريته
عبد ثم اشتراه فانه من جانب البائع معاوضة ومن جانب
المشتري فداء وتخليص له عن قيد الرق ونحن نقول هذا
باطل فان الحكم في حق كل واحد من المتعاقدين لا يثبت
بما صدر منه وحده بل يرتبط احد الكلامين بالاخر
فيصيران كلاما واحدا في اعتبار الحكم في حق السبب الوا حد
لا يفيد الحكم الا من جهة واحدة فالبيع المنعقد من
الايجاب والقبول سبب يفيد نقل الملك والنقل
قضية واحدة ينبني والا في حق البائع وهو لا
في حق المشتري كنقل الجوهر من حيز الى حيز فانه زوال
عن الحيز المنتقل عنه حصول في الحيز المنتقل اليه اما
اعتبار حكم الهبة في المبيع او بالعكس فذلك غير معقول
في نفسه واما شرى العبد المشهود بحريته فنقول هو
بيع من الجانبين فان المشتري لما قال اشتريت فقد اعترف
بملك البائع فيه فيصح البيع بناء على اتفاقهما غير انه اذا

اذا حصل فيه بيوا خذ بسابق اقراره مسايل الوكاله
مسئله الوكيل بالبيع مطلقا لا يبيع بالغبن الفاحش ولا بالعرض
ولا بالنسيه عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله يبيع
بما عز وهان وباي ثمن كان وماخذ النظر فيها ان البيع في
هذه الصور لم يتمحض بيعا عندنا بل اشتمل على تبرع وهبه
من حيث ان الصيغه وان كانت مطلقه عامه عندنا فانها
مقيده بالعرف والعاده مخصصه بقراين الاحوال المطرده
فان العاده ان الانسان لا يرضى ان يبيع ماله الا بمثله
وان لا مرا عن شي الا ان يحصل على مثله فكانت هذه
القرينه العرفيه مخصصه للعرف وعندهم يمحض بيعا
وعمدتهم في ذلك ان الصيغه عامه والبيع بالغبن الفاحش
ينطلق عليه اسم البيع فقد دخل تحت عموم الصيغه
وينزل منزله عمومات صاحب الشرع فانها اذا
وردت مطلقه حملت على عمومها ونحن نقول هذا فاسد
فان اللفظ العام يتخصص بالادله ويتقيد بالقيود ولفظ

الموكل وان اطلقه وعممه الا انه مقيد بالعرف والعاده
والعاده تخصص بقراين الاحوال على ما بيناه ويشهد
لتاثير القراين مسايل منها انه لو وكله الشتا ان يشترى
له فحما او جمدا فلم يشتري له حتى هجم الصيف لم يصح
الشرا وانعزل الوكيل ولو وكله في شري جمد في الصيف
فتراخى الامر حتى جا الشتا لم يصح الشرا مسئله
التوكيل بالخصومه من غير رضى الخصم صحيح في حق المدعي
والمدعى عليه ويلزم الخصم الجواب واتفقنا على جواز
في حق المريض والهام بالسفر والمراه المخدره وعلى جواز
التوكيل في الايفا والاستيفا بدون رضى المستوفي والمستوفى
منه وماخذ النظر ان امتناع المدعي والمدعى عليه من
التوكيل عليه بحيث تمحض عندنا من حيث ان المقصود
معرفه حال من انكار او اقرار ليا خذ او يقيم بينه ولا
فرق بين جواز وجواب فيجب تعريف الحال لتبين الحق
عن الجواب بل معرفه الحال والجواب طريق له وسبيله

الى استيفاء الحق واذا لم يكن حقا مقصودا جاز ان
يستنيب فيه من غير رضى خصمه ويستبد له بما ذكرناه
من الاحكام ولان الدعوى محض حق المدعي بدليل انه لو
ترك الدعوى يخلى وسكوته ويجبر من ان يدعي ويبرأ لا يدعي
فكان له التوكيل ولم يتوقف على رضى خصمه ولابي حنيفة
رحمه الله ان الناس يتفاوتون في الخصومة فربما وكل
هذا المدعي رجلا متشدقا مستطيعا الد في الخصام
قادرا على توصيف انواع الكلام حتى يترقى الى المقصود
والمرام ومعه من الحيل والدهاء ما يتوصل به الى تصوير
الباطل بصورة الحق وربما كان المدعى عليه ورعا بليدا
لا يقدر على التعبير عما في الضمير ولا يمكنه اظهار الحق وان
كان جليا فضلا عن الباطل والـــــ واذا كان الامر
في الخصام يتفاوت هذا التفاوت فالتوكيل في الخصام
من غير رضى خصمه يفضي الى ابطال حق احدهما والى
هذا اشار صاحب الشريعة حيث قال انكم لتختصمون

الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من
مال اخيه فلا ياخذنه انما اقطع له قطعة من النار
انا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر والجواب
عن هذا ان نقول هذا الذي ذكرتموه يتصور في حق الاصل
وهو المدعي والمدعى عليه فانه ربما يكون المدعي الذي (الخصام)
واقدر على الحجاج والكلام والتعبير عما في الضمير
والمدعى عليه ربما عاجزا لا يقدر على اظهار الحق مع
وضوحه وجلائه ثم لو جاء الى الحاكم وقال هذا خصمي لا
اقدر على مجاراته ومخاصمته فوكل من يساويني فان
الحاكم لا يلتفت اليه ويقول خصمك في مقابلتك
بكل حال والشرع لا ينظر الى هذا المعنى على الاطلاق
وانما يرجع الى ضوابطه وحدوده واذا كان ما يوخذ
في حق النائب يوخذ في حق الاصل لم يكن لما ذكره
اثر **مسئلة** الوكيل بالخصومة اذا اقر على موكله
لا يقبل اقراره عليه عندنا وقال ــــ ابو حنيفة

يقبل اقراره عليه في مجلس القضاء ولا يقبل في غيره ومأخذ
النظر فيها ان العمل بحقيقة هذه اللفظة وهي قوله وكلتك
في الخصومة ممكن عندنا من حيث ان يعني ظاهر لفظ الخصومة
للانكار فيحمل عليه اما الاقرار فمسالمة عنه ومنازعه
والاقرار انقياد واستسلام وتصديق لما يدعيه الخصم
وذهبت الحنفية الى ان العمل بحقيقة قوله وكلتك
في الخصومة غير ممكن وانما يعمل بها على طريق المجاز من
حيث ان الموكل اطلق لفظ الخصومة وهو لا يملك الخصومة
على الاطلاق وانما يملك الخصومة على تقدير كون الخصم
مبطلا في دعواه فيدافعه اما اذا كان محقا في دعواه
فلا يحل له الخصومة واذا لم يملك الخصومة على الاطلاق
استحال التوكيل فيما لا يملكه شرعا وقد صح التوكيل بالاجماع
فيلزم ان يكون التوكيل بمطلق الجواب وصح التجوز بالخصومة
عن الخصومة لان الخصومة سبب الجواب والتعبير
بالسبب عن المسبب مجاز شائع في وضع اللسان

كقولهم نزل السماء والجواب عن هذا ان نقول لو لم
يملك الخصومة لما جاز ان يوكل بالخصومة مطلقا
ويستثني الاقرار واذا جاز ذلك فقد فهمنا من مطلقه
نقيض الاقرار والاصل انه ان كان صادقا فهو
مالك له وقد وكله في الخصومة فليقر على حقيقته
فاي ضرورة في العدول الى مجازه وقولهم ربما يكون
كاذبا باطنا وربما يكون صادقا وكلاهما لا يملكه
وقد ملكه وكيله كما بينا قلنا فكان ينبغي ان يقال الهوا
احدهما لا بعينه ولا بعلمه فيبطل توكيله اما التعميم
فلا وجه له مسألة اذا اقر بدين في حال الصحة
ثم اقر بدين في حال المرض الذي توفي فيه لا يقدم دين
الصحة على دين المرض لم يكن فيه رهن بل يوزع المال
بينهما على قدر دينيهما عندنا خلافا لابي حنيفة
رحمه الله وساعدونا في الدينين الثابتين بالبينه
والدينين المقر بهما في المرض والصحة انهما يتساويان

وماخذ السلطان ديون غرما الصحة لم بماله عندنا
بدليل ان له صرف جميعه في شهواته وملاذ نفسه
ومآربه واوطاره ولو اشترى بجميع ماله جارية
وتسرى بها واستولدها لم يعترض عليه وكذا لو صرفه
في مهور النسوان والنفقة فيه ان الاقرار لا يصادف
المال وانما يصادف الذمة ولهذا لو ظهر مال آخر
جاز اداء الدين منه والذمة متسعة الحقوق الكثيرة
والدلالة القاطعة على ذلك استواهما على الوجوب
وانعقاد الاجماع على ان غريم الصحة لو اراد صرف
المال الى غرما المرض لو فضل من دينه صرف الفاضل
اليهم وللخصم ماخذان احدهما ان المريض محجور عليه
في حق الغرما لحقهم فلا يقبل اقراره بما في يده كمن رهن
مالا ثم اقر به لغيره وقد ردوا هذا بان التعلق ثابت
عند الموت اعني في اقرار الصحة وهو مستند الى اول
المرض لان المرض سبب للموت عندنا بلوغ الضعف

نهايته بحكم اجرا الله تعالى العادة وكل حكم تعلق بسبب
فانه يستند الى اول ذلك السبب كما اذا قال لزوجته
انت طالق قبل موتي بشهر فان الشهر الموصوف بما قبل
الموت هو الذي يقع فيه الطلاق مستندا اليه وكذا
ناصب الشبكة اذا تعلق بها صيدا بعد موته فانه
يستند الملك فيه الى اول وجود السبب حتى تقضى
منه ديونه وتنفذ وصاياه ويدل على تعلق حق الغرما
به امتناع التبرعات عليه حتى لو تبرع بشيء واحد لا
ينفذ وهذا بخلاف الاقرار في مرض الموت فانه لا يمكن
استناده الى اول جزء من اجزا المرض لانه يلزم ان نا
الحكم على هذا الماخذ فاسد من وجهين احدهما ان الموت
عندكم شرط لتعلق الحق بماله وتقديم المشروط على الشرط
محال الثاني ان حق الغرما لو تعلق بعين ماله لكان ينبغي
اذا ثبت الدين في حالة المرض بسبب وباتلاف شيء
معين ان لا يزاحم الاقرار في حال الصحة لان العين

استشعر فهذا الحق الاول الا ترى ان الرهون لما تعلق حق
لعينه لو اتلف الراهن على انسان شيئا لا يتعلق حق المتلف
عليه به وبهذا يندفع ما ذكروه من دعوى الاستناد ثم
جميع ما ذكروه منتقض بنفوذ تصرفاته في ماله حسب
اثباته واختياره على ما بيناه واما امتناع التبرعات
الفاضلة عن الحاجات انما كان تقديما للاهم عن المهم
وهو حاجته الى تبرئة ذمته وتخليص رقبته وذلك
لا بد على تعلق الحق لسائل مطلقا المأخذ الثاني
قولهم ان اقرار الصحة بعيد عن التهمة واقرار المريض معرض
للتهمة من حيث انه في حال الصحة متمكن من المواساة
والمحابات والتبرعات من غير حجر ولا منع فلما اقر علمنا
انه محق صادق فيما حمله على ذلك الا الخروج من حق توجه
له عليه اما في حال المرض فليس قادرا على التبرعات فلا
نأمن ان يكون قد قصد التبرع ولا يتمكن من الاتيان به
واوهم حق ليس عليه فقد حينا اقرار الصحة عليه لهذه التهمة

قالوا ولهذا قلنا ان اقرار المريض للوارث لا يصح والجواب
عن هذا ان نقول هذا الذي ذكرتموه باطل بالعكس اولى
فان الصحيح هو الذي يتطرق اليه التهمة لان اماله
مبسوطة فيقول في هذا الاوان عوض الاخر اما المريض
فقد قرب قدومه على ربه وانطوى بساط عمره وانقطعت
اماله من الدنيا فحالته حال توبة وانابة فانها حالة يصدق
فيها الفاجر ويؤمن فيها الكافر فكيف يتهم فيها الظلم
والعدوان العارية مضمونة عندنا
الا ما يتلف في الاجزاء بالاستعمال والمذهب انها تضمن
بقيمتها يوم التلف ولنا وجه انها تضمن بقيمتها اكثر ما
كانت من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب
وليس بشيء وقال ابو حنيفة رحمه الله العارية امانة
فان تلفت في يد المستعير فلا ضمان عليه ومأخذ النظر
ان مأخذ الاذن يظهر عندنا في المنافع دون العين فبقي
العين جالبة عن الاذن فان ما لو وهو مأخذهم قبض المنافع

لانا نافي الا بقبض العين وكانت العين مادونا في قبضها
قلنا قبض العين غير مقصود وانما هو من امور الضروره
فان قبض المنافع من جبلات العقود وذلك لا يدخل
تحت الامر مثاله في الاصول الامر باستيعاب اليوم
بالصوم فان الاستيعاب على اليقين غير متاتي الا باخذ
جزء من الليل وذلك من ضرورة القطوع ولوازم الجبله
فلم يكن داخلا في الامر ولا مقصودا بالخطاب ولا يصور
صوم جزء من الليل بحال وهذا بخلاف الطهاره مع الصلوه
فان الطهاره مقصوده للامر بجعله اياها شرطا فيكون
داخله تحت الامر فان قالوا هذا ينتقض بالمستاجر
والموصى بخدمته فان الاذن يتناول المنفعه دون العين
ومع ذلك لا يكون معقبا للضمان قلنا القبض هناك
مستحق بالاستحقاق الثابت في الضمان اما هاهنا فقد قبض
مال الغير لمنفعه نفسه من غير استحقاق وتحقيق القول
في هذا انا وجدنا الضمان في الشريعه ينقسم الى قسمين

لا ثالث لهما وهو ضمان الجبر وضمان العقد فضمان
الجبر يعتمد التفويت وضمان العقد يعتمد المشارطه
وقد شبهت هذه المسئله بكل واحد من هذين الاصلين
فمن قال هذا شبيه بضمان الجبر قال وقع الاتفاق على
ان الغاصب يلزمه الضمان فبحثنا عن معناه فقلنا
المعنى فيه انه قبضه لغرض نفسه ومنفعته بغير استحقاق ق
فجرت هذه العله من الغاصب والمستام والمستعير
فكان الضمان جاريا في الثلاث من حق المستحق ومن شبهه
من علمائنا هذا الضمان بضمان المشارطه الذي يعدو عن
العقد قال الغير انما سلم العين الى المستعير مجانا لينتفع
بها ثم يعيدها اليه وما رضي بخروجها عن يده مجانا الا
بشرط ان يعاد اليه وهذا ماخوذ من معنى لفظ
العاريه فانها ماخوذه من التعاور والتناوب يقال
عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه العيار للغلام البطال ل
فصار كانه شرط الضمان وكانه اخذه بشرط رد فانه

يكون للضمان كذلك هاهنا مسئلة العبد المغصوب
مسئله اذا غصب عبدًا ثم قطع يديه او فقأ عينيه فظاهر
مذهب الشافعي انه يجب كمال قيمته وفيه قول اخر انه يجب
ارش النقصان واذا غرم الغاصب القيمه لم يملك العبد
وقال ابو حنيفه رحمه الله الواجب في قطع اليدين كمال
القيمه غير ان المالك بعد ما قطع الغاصب يدي العبد
مخير ان شا اخذ مقطوع اليدين لا شي له وفار الجاني
بجنايته وان شا اخذ القيمه ولا خلاف انه لو غصب
ام ولد او مدبر فقطع يديه وغرم قيمته لا يملكه ومأخذ
النظر ان الواجب من القيمه في مقابله اليدين المفوته من
ام الولد في مقابله الجمله فالشافعي يقول في مقابله اليدين
الفايته فلا يقتضي ملك الجمله من حيث ان الذي يقتضيه
قياس الاموال ان لا يجب في الجز ما يجب في الجمله بل يجب
ارش النقصان حسب والعبد مال الا ان الشرع لحرمه
الادميه الحقه بالحر في الجراحات وجعله مثله في باب

الديه فما وجب في يديه مثل ما اوجب في نفسه وفي حق
البهيمه يجب بقطع يديها ارش ما نقص واذا كان العبد
كالحر في انه يجب في يديه مثل ما يجب في نفسه ثم الحر
الذي اليه الاسناد ومنه الاقتباس والاستمداد
ما وجب بقطع يديه في مقابله الفايت وهو اليدان
وجب ان يكون كذلك في العبد الذي شبه بالحر فقد
جمع الشافعي رحمه الله ذلك في عبارة وجيزه فقال
جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته وابو حنيفه
يقول الواجب في مقابله الجمله وقرروا هذا بان العبد
داير بين الماليه والادميه ففيه الشايبتان جميعا فراعيا
كل واحد من القياسين فقلنا يجب كمال القيمه نظرا
الى قياس الادميه وجعل في مقابله الجمله الناقصه
نظرا الى قياس الماليه والجواب نقول هذا امر
بدع وخطب نكر فان مراعات قياس الماليه ان يجب
ارش النقصان وقد اوجبتم كمال القيمه ومراعات

قياس الدميه ان يجعل الواجب في مقابله الفايت وانتم
قلتم يجعل في مقابله الباقي ولا على قياس المالية اعتمدتم
ولا الى قياس الدميه رجعتم مسله اذا غصب عبدا
فابق من يده وجب عليه كمال قيمته واذا غرم القيمه
لم يملكه بحال حتى اذا عاد عاد الى مالكه واسترجع القيمه
وقال ابو حنيفه اذا غرم كمال قيمته ملكه حتى اذا عاد
كان له وهذا الخلاف في المغصوبات كلها ورجع الاتفاق
على انه اذا غصب ام ولد او مدبر فابق وغرم قيمته لا يملكه
وماخذ النظر فيها يضاهي ماخذ المسله قبلها وذلك ان
القيمه عند الشافعي لا تثبت في مقابله العين وانما هي في
مقابله ما فات من ثمرات الملك ومقاصده واغراضه
ومنافعه وتصرفاته من حيث ان القيمه وجبت جبر
والجابر يجب ان يكون المعنى فات لا الذي قايم والعين
قايمه والمقاصد فايته فوجب ان يكون القيمه في مقابله
الفايت لتحقق معنى الجبر فان قالوا ايجاب كمال قيمه

العين لانا لو لم نفعل ذلك فومت بها قلنا انما اوجبنا
كمال قيمه العين لانا لو لم نفعل ذلك لما كنا نجد حدا ومردا
نقف عنده فانا لا ندري ما لا ينتهي الحكم اليه المنافع
والمقاصد حتى يوجب قيمتها فراينا ان اسد الطرق
واسهل المسالك تقويم العين وقد راينا الشرع اوجب القيمه
في مقابله الحيلوله في مسايل مجمع عليها منها شهود المال
اذا رجعوا بعد الحكم فانهم يغرمون قيمه المال وان لم
يوجد من جهتهم سوى الحيلوله ومنها المدبر وام الولد فانه
لم يغرم القيمه فيهما الا في مقابله الفايت من المنافع
وقال ابو حنيفه رحمه الله القيمه في مقابله العين
لان الغصب سبب لملك البدل ومن ضروره ملك
البدل زوال الملك عن المبدل اذ لا يعقل اجتماعهما
لمالك واحد لما فيه من التناقض وكان من ضروره
ملك المالك الضمان زوال ملكه عن المضمون فوقع الملك
في المضمون بقاعلى ملك الضمان واقعا مقتضى له

وان تقدم عليه كما اذا قال اعتق عبدك عني فقال اعتقت
فانه يتضمن ملكا سابقا على العتق يبنى عليه صحة العتق ثم
يقع مقتضى له سابقا عليه والجواب ان ذلك باطل
من وجهين احدهما انا لا نسلم ان القيمة بدل عن
العين بل هي مثل بدل العين ولهذا اذا غرم مثل قيمة العين
يجب ان يملك العين الثاني ان ذلك يبطل بالمدبر وقولهم
انه لا يقبل النقل والتمليك قلنا والعبد الابق في محل النزاع
ايضا لا يقبل النقل والتمليك فيتساويان مسئلة زوائد
المغصوب تحدث مضمونة عندنا يستوي فيها المنفصل
كالولد والثمرة كالسمن قال ابو حنيفة رحمه الله
لا يضمن الا عند منع المالك وقيل ذلك في امانة ومأخذ
النظر اختلاف الفريقين في حد الغصب وحقيقته
فعندنا هو عبارة عن اثبات اليد العادية على مال الغير
وزادوا هم في الحد وتفويت ودليل صحة ما ذكرناه
اطراده وانعكاسه ودليل فساد ما ذكره انتقاضه

وبطلانه بالمودع اذا جحد فانه ما فوت يدا ومع ذلك
يضمن والملتقط اذا جحد فانه ما فوت والبلغ من هذا
الغاصب من الغاصب فانه يضمن بالاتفاق ولم يزل
يد المالك اذا لم يكن ثابتة عليه وبيد الغاصب ليست
يدا محقة فلما استقر الضمان على الغاصب الثاني اذا
ثبت هذا قلنا في اثبات كونه غاصبا للولد طريقان احدهما
انا ندعي انه غاصب للولد حقيقة بطريق المباشرة بنا
على ان دوام الغصب غصب عند الشافعي ولهذا يضمن
المغصوب عنده باكثر القيمتين من يوم الغصب الى يوم
التلف وعند ابي حنيفة دوام الغصب ليس بغصب
ولهذا لا يضمنه الا بقيمته يوم الغصب واذا ثبت
ان دوام الغصب غصب فلا يخفى وجوده في الولد وبيان
ذلك ان الام بانه موجود في كل لحظة وابو حنيفة يقول
هو في الدوام ليس بغاصب لانه غير مفوت يد المالك
بل تفويت اليد المحقة حصل في الابتداء في لحظة بتبعه

ثم نالو تلاشا وليس في مجرد اثبات اليد على مال الغير لم
يكن فيه ازاله اليد تفويت بل هو منع للمالك من التحصيل
كما لو حبس حرا فضاع ماله وبيد المالك لم يكن على الولد
حتى يقال فوتها الغاصب بل حصلت في يده امانه كما لو
طير الريح ثوبا الى داره ونحن نقول هذا باطل بما اذا طالبه
المالك برده فانكم قلتم يضمنه ولم يحصل تفويت ولا ازاله
يد فان يد المالك ما ثبتت عليه بالمطالبه ويد الغاصب
غير ثابته عن يد المالك ثم هو باطل بجميع ما ذكرناه
من النقوض الطويل لنا في بيان كونه غاصبا للولد
هو انا نقول قد تقرر في الشرع ان الغاصب بتفويت
اليد نازل منزله مفوت العين ومتلفها حقيقه حتى لو
قال قايل لماذا وجب الضمان على الغاصب والعين
قايمه قلنا لانه اخل بتفويت اليد محل تفويت العين من
حيث ان الغاصب اخل نفسه محل المالك في استخلاص
مقاصد الملك وثمراته لنفسه ثم تفويت العين الذي

هو الاصل في ايجاب الضمان ينقسم الى ما يحصل بطريق
المباشره كما لا خفا به والى ما يحصل بطريق التسبب كحفر
البير في جاده المسلمين فانه جعل سببا لوجوب الضمان
عند تردي المتردي فكذلك الغصب ينقسم الى غصب
العين مباشره كاخذ الام مثلا والى غصب بطريق
التسبب وهو غصب الولد حصل تبعا لغصب الام فانه
جعل ما ثبات يده على الام غاصبا للولد بطريق التسبب
بخلاف الثوب الذي يطيره الريح الى داره فان ما الدور
لا يقصد به اثبات اليد على ثياب يطيرها الرياح ولذلك
فرق بين ان يسقي ارضه فيتوحل صيد فلا يملكه بمجرد
التوحل وبين ان ينصب شبكه فيتعقل بها صيد فيملكه
حيث يعد ذلك في العرف طريقا ويدل على ذلك
مسله قطعيه لا جواب عنها وهي اتفاقنا على ان ولد الصيد
يحدث مضمونا في يد المحرم ولو لا حصوله تحت يده اختيارا لما ضمن ولا اختيار له الا اثبات اليد على الام مسله

منافع الاموال مضمونه بالغصب عند الشافعي كالاعيان
وقال ابو حنيفه المنافع غير مضمونه بالغصب
كان المسئله مبنيه على اربعه ماخذ احدها ان منافع
الاعيان اموال عند الشافعي كالاعيان وعندهم ليست
باموال الثاني ان اثبات اليد على المنافع ممكن عندنا وعندهم
غير ممكن الثالث ان اتلاف المنافع متصور عليها عندنا
وعندهم لا يتصور الرابع ان منافع الاعيان المغصوبه يحدث
على ملك المالك عندنا وعندهم يحدث على ملك الغاصب
اما كونها اموالا فيدل عليه احكام ثلثه احدها مقابلتها
بالمال في عقد الاجاره الصحيحه والفاسده مع امتناع
ايرادها على ما ليس بمال كالخمر والخنزير الثاني صحه جعلها
صداقا في النكاح مع ان الابتغا بالمال شرط الحل في
النكاح على ما قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا
باموالكم الثالث ان الغم الوصي ان يساجر له وليس له ان
يبذل مال الطفل في مقابله ما ليس بمال فان قالوا الدليل

على ان المنافع ليست مالا ان المريض لو تبرع بخدمته
بان خدم غيره في مرضه لا يحتسب عليه من ثلثه ولو كانت
المنافع في حكم الاموال لكانت تحتسب من الثلث
كسائر الاموال التي تبرع بها قلنا انما لم يحتسب من
الثلث لانه لا يتصور بقاؤها بعد موته وانما يعترض
الورثه على ما يتصور ان يبقى بعد موته ولهذا لو اعتق ام
ولد لا يحتسب من الثلث وان كان قد اتلف عليهم
عينا لكن لما لم يتصور ان يبقى لهم بعد موته احتسب من
راس المال واما بيان تصور اثبات اليد عليها هو ان اثبات
اليد على كل شي حسب حاله فاثبات اليد على المنافع باثبات
اليد على الاعيان كما ان تسليم المنافع بتسليم الاعيان
وقد ثبت اليد عليها في الاجاره فان من استاجر دارا
وتسلمها جاز له التصرف فيها بان يوجرها من غيرها
واما بيان تصور اتلافها هو ان الاتلاف عباره عن فعل
يمتنع اعتباره حصول المصلحه في مستقبل الزمان

والغاصب فعل فعلا باعتباره حصول المنفعة
للمالك فان ملك الاصل اقتضى حصول المنافع المملوكة
له فقد حصل للغاصب فكان حصولها في حقه فواتا
في حق المالك مما لا يحل تحصيله عرفا وشرعا وفي
مقابلته استحقت الاجرة في عقد الاجارة فان قيل
دعوى اتلاف المنافع امر غير معقول في نفسه فان
حقيقة الاتلاف قطع البقاء ومنع استمرار الوجود
وهذا انما يتحقق فيما يعقل بقاؤه والمنافع اعراض
يستحيل بقاؤها وانما يتوالى وجودها وليست حاصلة
واحدة ولا شيئا يعقل امتداده ليتصور اتلافها قالوا
والتحقيق في هذا ان الاتلاف لا يخلو اما ان يرد
عليها قبل وجودها او بعد وجودها ومحال ان يرد
عليها قبل وجودها لانها معدومة ومحال مع وجودها
لان الاتلاف اعدام والاعدام مع الوجود لا يتصور
لا يتصور لان الضدين لا يجتمعان وانما يرفع احدها

الاخر اذا قارنه ولو قارن الاتلاف الوجود لمنع الوجود
ومحال ان تكون بعد وجودها اذ لا وجود لها في الزمن
الثاني بل عدمها واجب لاستحالة وما وجب عدمه لا يضاف
عدمه الى فاعل كما ان ما وجب وجوده لا يفتقر الى فاعل
وانما ذلك في جائز الوجود والعدم وثبت ان اتلاف
المنافع مما لا يتصور والجواب عن هذا الاشكال
ان نقول هذا الجنس من الكلام لا يلتفت اليه البتة في
الشرع فانا لو فتحنا هذا الباب لزمنا على مساقه
من قتل عبده لا يلزمه الضمان لانا والقائلون بالتولد
اتفقنا على ان الزهوق من فعل الله ولا يضاف الى فعل
الادمي ولا له فيه مدخل ثم يضاف اليه الفعل حتى
يلزمه الضمان قيل انه تسبب الى ذلك كذلك
هاهنا جاز ان يقال انه اتلف المنافع ويضاف ذلك
اليه لتسببه الى ذلك ثم جميع ما ذكروه باطل بعقد
الاجارة فانا ساعدنا على وجوب الضمان فيها بالاتلاف

المنافع المأخذ الرابع وهو تسبيب المسألة
ان منافع الاعيان المغصوبة حدثت مملوكة للغاصب دون
المالك عند ابي حنيفة وهذا اصل طرده لهم فانهم قالوا
لو اجر الغاصب الدار المغصوبة كانت الاجرة مملوكة
وكذا اذا غصب بذرا وزرعه في ارضه فانعقد وسنبل
كان له وكذا اذا غصب بيضة فاحتضنها دجاجه
فانعقد منها فرخ كان مملوكا له قالوا والدليل على هذا
الاصل ان المنافع لا وجود لها في الاعيان وليست
شيئا منا فيها حتى يقال غصبها ولا وجود لها على التحقيق
بل حقيقتها خياطة ثوب او صبغه او سعي الى مكان و
غير ذلك من الافعال وهذا انما يوخذ باستعمال المستعمل
وتصرفاته وهي عادة لها توجد لان لها وجود بنفسها
واذا كانت توجد بفعل الغاصب كانت مملوكة له لان
فعله حقه وملكه والجواب عن هذا ان نقول
هذا حيد عن قانون الشرع فان فعل الغاصب عدوان
محض

محض وجريمة عظيمة وهو عاص به فكيف يجوز ان يتعلق
على العدوان المحض انتقال ملك المالك المغصوب اليه
ولا نسلم انها وجدت بايجاده بل الله تعالى هو الموجد
وهي متولدة من عين مملوكة فكانت لمالك العين ملكا له
والدليل القاطع عليه هو انا لو قدرنا رفع الفعل الذي
حصلت عنه من البين لاضيفت المنافع والفوائد كلها
للمالك كما لو احتضنت دجاجته للغير بنفسها لان الفرخ
ملك المالك البيضة وصار الفعل العدوان ان يترك كالمعدوم وم
ولو عدم الفعل كانت فوايد العين لمالك العين كذلك
بالفعل العدوان مسألة العقار مضمون بالغصب
عندنا وقال ابو حنيفة يضمن وصورة المسألة لا
ما اذا اثبت اليد العادية على عقار فتلف تحت يده
بان خسف به الارض وعلاه الرمل او ركبه البحر
فعندنا يلزمه قيمة العقار وعنده لا يلزمه وماخذ
النظر اختلاف الفريقين في امكان غصب العقار وتعديه

قال ابو حنيفه بقول العقار مما لا يتصور غصبه وذلك انه
انه قال الغصب عدوان محض وحقيقته فعل حسي والفعل
الحسي لا يعلم وجوده الا باثره الظاهر في المحل كالقتل مثلا
فانه يسمى فاعله قاتلا لانه ظهر اثر فعله في المحل وهو
الاماته لانا رايناه حيا قبل فعله ثم رايناه بعد فعله ميتا
فقد ظهر لنا وجود فعله حسا وهكذى سائر الافعال الحسيه
قال واذا تقرر هذا قلنا يجب ان يكون الغصب مما يظهر
اثره في المحل ليعلم بذلك وجود فعله حسا وليس ذلك
الا النقل والتحويل فاذا نقله وحوله قلنا هذا الانتقال
من محل الى محل يعتبر به المحل فانه صار منقولا بعد ان لم يكن
منقولا فدلنا ذلك على وجود فعل من الغاصب حقيقه
فاضفنا هذا الاثر اليه واوجبنا الضمان عليه اذا لم يوجد
نقل وتحويل اي اثر لفعله حتى نعلم انه فاعل في المحل فان قلتم
دخل الدار قلنا هذا فعل قام به وليس في المحل ولا تغير
به المحل وان قلتم تصرف واسع فهذا ايضا باطل لانه

لم يتصرف في العين بما يوجب ضمانها والمنافع هل
تضمن ام لا مسئله اخرى لا تعلق لها بهذه المسله وكلامنا
في غصب العقار لا في غصب المنافع وان قلتم خرب
الدار واخذ الاخشاب قلنا ما نقله يلزمه ضمانه وما لم
ينقله لا يلزمه ضمانه وان قلتم تصرف في نفس الارض
وحفرها ونقل ترابها قلنا كل ما نقله يضمنه انما كلامنا
في شي لم ينقله ولا يتصور نقله فكيف يضمنه قالوا واذا
تقرر ان حقيقه الغصب النقل وهو متصور في العقار
دل ان حقيقه الغصب لا توجد فيه فلا يضمن قالوا ولا
يلزم على هذا التخليه في العقار حيث جعل قبضا في البيع
ليفيد الاحكام والتصرفات فان ذلك امر شرعي فجاز
ان يقدر وجوده ليترتب الحكم عليه وللشرع ان يقدر
المعدوم موجودا والحي ميتا في الاحكام لتيسير الحاجه
الى ذلك اما الغصب فعدوان محض فلا حاجه الى تقدير
وجوده عند انتفا حقيقته والجواب عن هذا

انا لسنا نعتبر في الغصب امر معقول عرفا وعاده ووضعا
فنقول الغصب هو الاستيلا على مال الغير بعدوان والاستيلا
امر معقول من العرف كان الشرع او لم يكن والاستيلا
على العقار متصور ونعني بالاستيلا ظهور اضافه مقاصد
هذه العين وثمراتها وفوايدها الى هذا الرجل مستقل
الزمان واختصاصه بالعين دون ساير الناس واحلال
نفسه محل المالك بكل حال فان ذلك اذا تحقق وظهر
عند الناس سمي في العرف غاصبا ومفتونا وهذا الماخذ
يشتمل من اصل كلي في الشرع وذلك ان الاعيان غير مراده
لصورها وانما يقصد لمنافعها والفوايد الحاصله منها فاذا
حصلت الثمرات والمقاصد لغير المالك لسبب هو
عدوان قلنا يجب عليه الضمان كانه كالمفوت للعين بهذه
الطريق ويدل على ما بيناه استيلا المسلمين على عقار الكفار
فانه يفيد الملك واستيلا الكفار على اموال المسلمين فانه
عند ابي حنيفه يفيد الملك حيث انقطعت والله

وثمراته ومما ذكره من اعتبار النقل والتحويل باطل بمسلتين
احداهما انه اذا جلس على بساط الغير او ركب دابته بغير
اذنه فانه يضمن وفاقا من غير نقل والاستيلا الثانيه المودع
اذا جحد الوديعه فانه يضمن مع ان الموجود منه قول مجرد
والقول الوجيز في هذا ان الضمان له جهات ففي المنقول
يتصور جهات ثلثه وهو النقل والاستيلا وغيره فيضمن
بكل واحد من الجهات وفي العقار لا يتصور النقل والتحويل
ويتصور الاستيلا وامتنا جهه لا بد ان على امتناع كل
جهه والله اعلم مسئله الغاصب لا يملك المغصوب
بالتغير عندنا بل يلزمه ارش النقصان وقال [illegible]
رحمه الله اذا تغيرت العين المغصوبه بفعل الغاصب
حتى زال اسمها ومعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع
بها حتى يؤدي بدلها فحينيذ يملك جميع التصرفات
ملكا مكروها وهذا كمن غصب شاه فذبحها وشواها

او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا
فعمله آنية او ثوبا فخاطه قميصا او قبا قالوا واذا قطع الثوب
بالطول ملكه وان قطعه بالعرض لا يملكه وللمسئلة طرفان
احدهما في الافعال التي تغير العين لا تزيل ماليتها كالطحن
والشي في الشاة فمأخذ الشافعي فيه ان فعل الغاصب
لا يصلح لافادة الملك فما حصل من ملك الغير من حيث
انه فعله عدوان محض والشرع يعتني باعدامه وتحقيقه
فلا يجوز ان يجعله سببا لتحقيق ملك المتعدي فان ذلك
اثبات له والشرع يقصد اعدامه وهذا يستمد من اصل
كلي في الشرع وذلك ان الله تعالى جعل الاملاك معصومة
على المالك واحترمها وجعلها معززة مصونة لا تنال
الا باسباب وضعها وطرق مهدها فمن قال ان من اخذ
ملك غيره قهرا وتصرف فيه تصرفا هو مقصود المالك
من ملكه يملكه فقد ابطل عصمة الاملاك بالكلية وازال
الاحترام الذي اثبته الشرع بمجرد العدوان وهذا مخالف

لوضع الشرع ومأخذ ابي حنيفة في هذا الفصل ان فعل الغاصب
غير صفة العين ومقصودها واسمها فانها كانت تسمى
حنطة فصارت تسمى دقيقا وكانت تسمى غزلا فصار ثوبا
ومعظم المقاصد قد زالت اذا شوى الشاة فانها كانت
قبل الشي ينتفع بها من جهات عدة وتطلب منها الوان
كثيرة وزال ذلك حيث شواها قالوا واذا زالت المقاصد
صارت العين كالتالفة فملكها بالقيمة ونحن نقول
هذا الذي ذكرتموه باطل فان المقصود الاعظم من هذه
الاشياء هو الاصل وهو قائم ما زال كيف تصرفت الجهات
انتهت اليه الطرف الثاني ما اذا احدث في العين
فعلا يزيل به مالية العين كما اذا غصب البذر
وزرعه فانه يفسد في الارض ويعفن ويزول ماليته
وكذا اذا غصب بيضة واحضنها دجاجة فانها تصير
علقة فتزول المالية منها وابو حنيفة هاهنا يقول المالية
الاولى بطلت وزال ملك المالك عنها وهذه ما ليه

حدثت وتجددت ووجدت بفعل الغاصب فكانت
مضافه اليه ومحاله عليه ونحن نقول هذا باطل فان المالية
المتجدد لم تحصل بفعل الغاصب انما الله احدثها وخلقها
بدليل انا لو رفعنا الفعل من البين لوجدت هذه المالية
ولا يضاف الى الفعل الا ما لا يوجد الا بالفعل فاما ما لا
يحتاج في وجوده الى فعل مخلوق كانعقاد الفرخ ثم جميع
ما ذكروه باطل بما اذا غصب عصيرا فتخمر ثم عاد خلا فان
المالية الاولة بطلت ولا يزول ملك المالك هذا
اذا غصب ساجة وادرجها في بنائه فنقض بناؤه وترد
الساجة على مالكها عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله
يزول ملك مالكها عنها ويلزم الغاصب قيمتها ومأخذ
النظر ما اسلفناه في المسالة السابقة والخصم يدعي ان
الساجة صارت كالهالكة من وجهين من حيث انها
صارت وصفا للملك وتبعا للمالية حتى تستحق بالشفعة
تبعا للعقار وما صار تبعا لا ينقض لاجله المقصود الاصل

كما لو غصب خيطا فخاط به جرح نفسه وجرح عبده
والتحم فانه لا ينزع منه ونحن نقول هذا غلط فان الغاصب
ليس له ان يجعل ملك غيره تبعا لملكه ولا وصفا
من اوصاف ماله مع نص قوله صلى الله عليه وسلم في الذي
غصب ارض غيره وغرس فيها غراسا اقلعوه فليس لعرق
ظالم حق وروي ليس لعرق ظالم حق بالاضافة واما استحقاقها فهما
بالشفعة فلم يكن لكونها تابعة وكيف يكون وما تولدت
من العين ولا بسبب منها وانما نقلت من غيرها اليها
بل نقول اصل ثبوت الشفعة في العقار لم يكن لقبيل العقار د
بل لدفع الضرر المؤبد والعارض في البناء ضرر مؤبد فثبتت
الشفعة فيه لذلك لا لما قالوه من التبعية واما مسئلة
نزع الخيط قلنا انما لم يجز نزع الخيط حقا لله تعالى
فانه لا يجوز ان يجرح نفسه في هذه الحالة ويجوز له نقض
البناء واخراج الساجة فقد صار عاجزا شرعا عن نزع
الخيط فصار كالعاجز حسا والعين متى تعذر ردها

اخذت قيمتها مسئله نقصان الولاده لا ينجبر بالولد
في يد الغاصب عند الشافعي رحمه الله وصورة المسله ما
اذا غصب جاريه مثلا فولدت ولدا في يد الغاصب وانتقصت
وبالولد وفا بالنقصان فردهما الى المالك فانه يجب
عليه ارش نقصان الام عندنا وعندهم لا يجب الا اذا
فات الولد قبل تسليمه الى المالك او لم يكن في قيمته
وفا بنقصان زوايد المغصوب في الولاده فيضمن قدر التفاوت
واعلم ان هذه المسالة تنبني على مسئله زوايد المغصوب فان
الولد عندنا لما كان في نفسه مغصوبا مضمونا لم يصلح ان
يكون بدلا عن مضمون اخر من حيث ان المعقول من شرع
الضمان جبر ما فات على المغصوب منه فان التفويت يناسبه
والحكم مقرون به في صورة الوفاق وحقيقة الجبران يدخل
في ملك المالك بسبب الفوات ما لم يدخل في ملكه بدون
الفوات ليقوم مقام الفايت معنى ويندفع به ضرر الفوات
اما الحاصل بدون الفوات يستحيل ان يكون جابرا للفايت

لحصوله بدونه فلا ينجبر به كما لو انتقصت بغير الولاده
وعند ابي حنيفه لما كان الولد يحدث امانه في يد الغاصب
غير مضمون عليه جاز ان يكون بدلا عن الفايت من حيث
ان النقصان الواقع في الام فوات جزو وخلف وهو
الولد ووجه الخليفه استناد الزياده والنقصان الى
سبب واحد وهو الولاده فصار الذي اوجب النقصان
هو الذي اوجب الزياده فكانه لم يفت شي وعبروا
عن هذا المعنى بقولهم موجب ما اوجبه النقص فلم يجبر
به النقص كما يجبر بالارش واستدلوا على ذلك باحكام
ثلثه احدها ان سن المغصوب لو سقط ونبت مكانه
سن اخر فانه لا يكون مضمونا عليه الثاني انها لو كانت سمينه
فانتقص قيمتها بالهزال ثم عادت سمينه فانه لا يلزمه
شي ونصير زياده السمن خلفا كما حصل من النقصان
الثالث انه لو قطع حشيش الحرم ثم اخلف اخر فلا
يلزمه شي الجواب عما ذكروه ان نقول الاستدلال

الى دعوي الخليفه فان سبب النقصان هو الولاده وسبب
ملك الولد ملك الام مستفاد منه واذا لم يتحد
سبب الزياده والنقصان فلا تثبت الخلفيه بينهما
واما مسئله السن فيمنعها على احد القولين وكذا مسئله
السمن على احد الوجهين اما حشيش الحرم اذا قطع
فلا يناظر مسئلتنا فان الخلف هناك ثبت في مكان
الاصل وحصلت الزياده في محل النقصان لها هاهنا
فالولد ليس في محل النقصان بل هو عين اخرى لا مثل
الفايت ولا قيمته بل هو ثمار رزق ساقه الله الكريم
اليه فلا يصلح ان يكون خلفا مسئله المستكرهة
على الزنا لا تستحق المهر عندنا خلافا له وصورة المسئله
ما اذا اكرهها بالسيف او ربطها على خشبه وضابط
وجوب المهر عندهم ان كل وطي خلا عن الحد من الجانبين
فهو موجب للمهر وكل وطي وجب الحد من الجانبين
او من احد الجانبين فلا يوجب المهر ومنا خذ النظر

فيها ان منافع البضع متقومه عندنا كساير المنافع
ومعنى التقوم ان لها قيمه فيما بين الناس ويدل عليه
تقومها بالعقد الصحيح والفاسد ووطي الشبهه
وهذا اولى من قول اصحابنا منفعه البضع مال فاذا
اتلفها على جهه العدوان لزمه الضمان كساير الاموال
فان ذلك غلط من حيث ان المالية قضيه عرفيه
واهل العرف وارباب التجاره لا يعدون صاحب
صاحب الازواج صاحب مال ولا من زوج بناته فد نال
مالا بل يعدون صاحب العيال ناقص الاموال فانه يقال
في العاده العيال ارضه المال فليست منفعه البضع مالا
بل نقول هي متقومه محترمه شرعا ومن اتلف متقوما محترما
شرعا لزمه الضمان كما لو قطع يدها فان اليد ليست مالا
لكن لما كانت محترمه متقومه شرعا وجب ضمانها والخصم
يدعي انها ليست متقومه اصلا وانما هي متقومه شرعا كما في
الاموال في الاجاره وقرروا هذا بان منفعه البضع ليست

تمالًا وما ليس بمال لا يقابل بالمال لانتفا المماثله بينهما غير
ان منفعه البضع مما عظم الشرع امرها وفخم شانها وشرط
الشروط والتقييدات في استباحتها حتى انتهى الامر في
تعظيمها الى ان اوجب القتل في استيفايها على جهه العدوان
فاموال الدنيا باسرها لا توازي البضع الا ان الشرع
اوجب المال في العقد والشبهه حيث لم يكن ايجاب
الحد فاظهر تعظيمه بايجاب المال خيفه الاهدار وابطال
الاحترام فاما اذا اوجب الحد فلا اهدار فان العقوبه
بالرجم غايه التعظيم فلا حاجه بنا الى ايجاب المال وهذا
بعينه نقرره ابو زيد في مسله موجب العمد فيقول
الاصل ان لا يقابل الحر بالمال واما قوبل في الخطا بالمال
خيفه الاهدار ونحن نقول هذا فاسد من وجهين احدهما
ان ذلك انما يستقيم ان لو كان المهر والحد وجبا لغرض
واحد ومستحق واحد كالقصاص مع الدم فانهما وجبا
لمستحق واحد وها هنا المهر وجب لها بدلا عن منفعها

والحد وجب لحق الله تعالى خالصا ليس لها فيه حق فلا
يتنافيان الثاني ان ذلك باطل بما اذا زنى بامراه ابنه
فانهم قالوا يغرم لابنه المهر لانه افسد عليه النكاح ويجب
عليه الحد وقولهم لا مماثله بين البضع والمال قلنا
المماثله من كل وجه غير معتبره اذ لا مماثله بين الدراهم
والحيوان الا من بعض الوجوه وبين الدراهم والدنانير
ومنفعه البضع مماثله من حيث الانتفاع والعصمه
والاحترام وبهذا الاعتبار كان المال مثلا للادمي
في قتل الخطا. **مسله** من اراق خمرا على ذمي لم يضمنها
عندنا خلافا له فانه قال يضمنها الذمي بالمثل والمسلم بالقيمه
وماخذ النظر فيها ان ماليه الخمر مهدره عندنا على الا طلاق
وعندهم هي مهدره في حق المسلم دون اهل الذمه وهذا
الماخذ يستمد من ثلثه اصول احدها ان الكفار عندهم
غير مخاطبين بفروع الاسلام في طرفي الامر والنهي ولم
يتوجه عليهم خطاب الا بالاصول وهو مبدا ضلال

قد ابطلناه في غير موضع وبينا انهم مخاطبون بالفروع
بشرط تقديم الاصول لا الاصل الثاني انه وان جاز
خطابهم فلابد من خطاب في حقهم بالتحريم ولم يوجد
ذلك بل الخطاب يدل على اختصاص تحريم الخمر بالمسلمين
وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب
والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم
تفلحون خص الخطاب بالمومنين والاصل في الخطاب
ان يكون مقصورا على من خوطب وان ترك في موضع
فلدليل اخر لا لنفس الخطاب ونحن نقول هذا باطل ايضا
فان خطاب التحريم فيها عام والبداية بالمومنين كان تكريما
وتشريفا وتعظيما لعبادهم لا لاختصاص الحكم بل
الحكم يتناول الخلق اجمعين كما في قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان
تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فان
الخطاب والحكم يعم المومنين والكافرين فان الكافر

ايضا اذا طلق قبل الدخول لا عدة له عليها ثم دليل العموم
قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمرة لعينها
اي لمعنى في عينها وهو الشدة المفضية الى زوال العقل
الذي هو ملاك التكليف وبه يتوصل الى الاسلام ثم
وتمييز الاسلام الحلال عن الحرام فالعلة المحرمة موجودة
في حق الكافر حيث وجودها في حق المسلم واهلية
التحريم ثابتة في حقه بدليل تحريم الكفر عليه الاصل
الثالث زعموا ان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يجد ناسخا
في شرعنا والخمر كانت مالا محترما مملوكا في الملل
السالفة وفي شريعة الانبياء عليهم السلام الى ان نجد ذلك خطاب
التحريم في حق المومنين فبقي عندهم باقية على ما كانت عليه
قبل التحريم وسائهم لم ينزل على ذلك فانهم قالوا يملكها
المسلم اذا وكل ذميا في شرائها بواسطة وكالته ويملكها
ايضا بالوصية ويجوز ان يوخذ منهم عشور اثمانها ونحن
نقول هذا ايضا بناء على اصل فاسد فان الله عز وجل بعث

محمدا صلى الله عليه وسلم وجعل شريعته ناسخة للشرايع
كلها ناسخه للملك والظل باسرها لم يختص شريعه قسل
ولم يتميز جيل عن جيل و[illegible] الله تعالى يا ايها الناس
اني رسول الله اليكم جميعا واذا كانت شريعته رافعة
لكل دين ومن شريعته ان الخمر محرمه غير متقومه مطلقا
فلا ينبغي ما ذكروه اصلا في شرعنا

مسايل الشفعه

مسئله الشفعه عند الشافعي رحمه الله مختصه
بالشريك المخالط دون الجار وقال ابو حنيفه رحمه الله
يثبت للجار الملاصق دون المقابل فيثبت للشريك اولا
ثم للجار الملاصق وان عفى ثم الملاصق للملاصق على
ان ينتهي الى اخر السكة وماخذ النظر اختلاف الامامين
في مناط الشفعه في موضع الوفاق فعندنا للشافعي معلله
بدفع ضرر القسمه وذلك ايضا اذا كانا مشتركين
في دار مثلا اجمعا على المرافق اشتركا فيها كموضع الطهاره
والبالوعه ومطارح التراب ومسيل المياه وذلك

يؤدي الى بغي الخليط وهذا ضرر متفاقم متعاظم لا يندفع
الا بالقسمه وذلك يؤدي الى الارض رديه من وجهين
احدهما وزن مؤنه القسمه والثاني ضرر تجديد
المرافق واقرارها في رقعه الذي صار عليه وهذه انواع
من الضرر لا توجد في حق غير الشريك وقال ابو
حنيفه رحمه الله مناط الشفعه في موضع الوفاق
دفع ضرر الدخيل بسبب سوء المعاشره والصحبه
والتعلي في حدود الملك مع تباين الاخلاق وتنافر
الطباع وهو ضرر قرار وتأبد بطريق اتصال ملكه
بملكه وهذا المعنى موجود في الجار حيث وجوده
في الشريك ونحن نقول هذا التعليل باطل من وجهين
احدهما وقوع الاتفاق على تقديم الشريك
على الجار ولو تساويا في مناط الاستحقاق لاستويا
في الاخذ كالشركاء الثاني ان هذا النوع من الضرر
موجود في الجار الحادي ايضا فانه يحتاج الى توسعه

ودفعه بان يبغي نفقا في الارض ويشرع ساباطا
الثالث انا نعارض ضرر الدار بالضرر الذي يلحق
المشتري فانه يزعجه ويخرجه من بيت اواه وسكنه
ويرفع عقله ويبطله فان قالوا الضرر الذي يلحق المشتري
مغمور بالاضافة الى ضرر الشفيع قلنا ليس كذلك
لان ضرر سوء المعاشر امر موهوم قد يوجد وقد لا يوجد
والغالب انه لا يوجد لان العقل والدين يمنعان
من ذلك واحتمال ضرر ناجز لدفع ضرر موهوم يأباه
العقول وهذا بخلاف ضرر الخليط على ما سبق مسئلة
الشفعة توزع على قدر الانصبا في اصح القولين وهو
مذهب مالك وعلى عدد الرؤوس بالتسويه
في القول الثاني هو مذهب ابي حنيفة ومأخذ
النظر ما اسلفناه في المسئلة السالفة من ان مناط الا
هو اتصال الملكين بجميع اجزائهما وهو الاختلاط
فكل جزء من اجزاء ملكه سبب لاخذ ما يتصل به فمن
زادت

زادت اجزاء ملكه ازداد ما يتصل به من الشقص وقال
ابو حنيفة رحمه الله يوزع على عدد رؤوسهم
بالتسويه لان مناط الاستحقاق هو اصل الملكين
وقد تساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق

مسائل المأذون

مسئلة العبد
المأذون في نوع من التجارة لا يصير مأذونا فيما عداه
كالمأذون في الحبوب لا يصير مأذونا في الثياب
عندنا خلافا لابي حنيفة فانه يرتفع الحجر ويصير
مأذونا في جميع انواع التجارة ومأخذ النظر
ان المأذون عندنا متصرف للسيد بحكم الاذن
كالوكيل والشريك والمضارب وتصرفه للسيد
فيتقيد بمحل الاذن بدليل ان اعواض العقود
والاو حصولها يرجع الى السيد وان المأذون
في فرد لا يملك ما عداه والمأذون في جنس
لا يملك جنسا سواه كالبيع والنكاح ويكون

السيد يملك اعاده الحجر عليه متى شا ولو كان
الحجر قد انفك وارتفع لما ملك اعادته كالمكاتب وقال
ابو حنيفة رحمه الله العبد يتصرف لنفسه بحكم
فك الحجر عنه كالمكاتب وتصرفه يقع لنفسه
موجب ابتدائيته ثم ينتقل الى السيد وانما حجر
عليه وسلبت تصرفاته مع وجود عقله وهدايته
وكمال الاهليه قضاء لحق السيد واشتغاله بخدمته
فاذا اذن له فقد اسقط حقه فصار مطلقا في
التصرفات باهليته بمنزله المرتهن اذا اذن للراهن
في بيع عين المرهون فانه اذا باع الراهن لا يفاد
استفاد جواز البيع بل ملك ذلك بمالكيته الاصليه
واهليته القايمه حتى ان المرتهن لو قال لا تبع الا
من فلان كان ذلك لغوا لا يصغى اليه بل له البيع
كيف شا ومن شا وانما كان الاذن معتبرا في اسقاط
المستحق حقه فاذا اسقط حقه كان له التصرف

باهليته السابقه فكان الاذن شرط لاسقاط الحق
لا غير والجواب عن هذا ان
نقول لا بل تصرف العبد بالاذن واقع لسيده
بدليل ان اعواض العقود دروالا وحصولا
يرجع الى السيد بكل حال ويملك اعاده الحجر
عليه متى شا ولو كان الحجر قد انفك وارتفع لما ملك
اعادته كالمكاتب مسله العبد المأذون
اذا ركبته ديون التجاره تعلقت بذمته
ولا يباع فيها بل يتبع بها اذا اعتق قال ابو
حنيفه ديون التجاره يتعلق برقبته فيباع في
قضائها عند ضيق ما في يده عن الوفا ومأخذ
النظر ما اسلفناه في المسله السالفه وهو ان
تصرفه عندنا لا حق لسيد فيظهر اثره في محل
اذنه وهي الاكساب والرقبه لم يتناولها الاذن
وابو حنيفه يقول الاصل تعلق الدين بذمته

العبد فان ذمته له وهو متصرف باهليته ولا
بد من قضا الدين اقرب شي من رقبته فقلنا
يتعلق الديون بها لانها حقه ونحن نقول هذا
باطل فان كون العبد متصرفا لنفسه قد ابطلناه
وان سلمنا فقولهم ان رقبته اقرب شي اليه باطل فان
الرقبة عبارة عن المالية وهي مال السيد وهو
خالص ملكه فهي للعبد شي منه وتمام كشف الغطا
عن هذا ان الاصل المستقر والقانون المستمر في
الشرع تعلق الديون بالذمم فان العينية تنافي الدينية
ولا تعلقها الا ان الشرع استثنى من هذا الاصل
ثلثة مواضع على خلاف الاصل لعوارض وطواري احدها
تعلق الدين بالعين المرهونة لحاجة التوثق للمستوفي
الحق من ثمنه كما يتعلق الدين بذمة الضامن والمحال
عليه وان لم يكن عليهما دين لحاجة التوثق وذلك

لعقد المالك ومباشرته وليست مسلتنا من هذا
القبيل الموضع الثاني تعلق ديون التجارة بكسب
العبد ولا يحرمه فقد اتبعنا ان المصلحة معقول له
وهو ان السيد لما سلم اليه طايفة من ماله واذن
له في التجارة فقد علق امال العاملين بهذا المال وقصر
اطماعهم عليه فكان هذا المال مطمع طمعهم ولولا لا
ما في يده لما عومل عليه لانه عبد مملوك لا يقدر على
شي فكانت الديون متعلقة بهذه المصلحة وليست
مسلتنا من هذا القبيل ايضا فانه لم يوذن له في الا تجار
رقبته ليكون ذلك من مصلحة التجارة الموضع الثا لث
اروش الجنايات تعلقت برقبة العبد لتعذر ايجا بها
على السيد اذ لا يواخذ زيد بجناية عمرو بخلاف
ضرب الدية على العاقلة فانها حملت بدل الدم
بنص الشرع على خلاف القياس فلا يلحق به ما لا يما ثله
وتعذر ايجابها في ذمة العبد حتى تطالب بها

بعد العتق لان الرق ليس لانقضايه امد معلوم بل
هو مستغرق الى اخر العمر فيودي الى صياع الحق
فكان اقرب المسالك ان تقول يعلق برقبته فيباع
فيها ولا يحب بالسيد ولا يضر بصاحب الحق وما
نحن فيه ليس من هذا القبيل ايضا لان الدين
ما تعلق طمعه الا بالمال الذي في يده فيجب ان يكون
مقصورا عليه ولا يتعدى الى رقبته اتباعا للامام
الذي مهدنا: **مسالة** السيد اذا راى
عبده يبيع ويشتري فسكت عنه لم يكن ذلك اذنا
له في التجارة وقال ابو حنيفة يكون ذلك
اذنا له في التجارة فيما عدا المسكوت عنه واما المسكوت
عنه الذي راه السيد عليه لا يكون السكوت عنه
اذنا فيه **ومآخذ** النظر ما اسلفناه من كونه متصرفا
بالاذن والسكوت عن الاذن لا يكون اذنا له اذ لا

صيغة له تدل على شي بل هو متردد بين جهات شتى
فيحتمل ان يكون سكوته غيظا وتلطيا ويحتمل ان يكون
حيا من الناس حتى لا ينسب الى التنافس في الشي
اليسير فيكون في ذلك ترك المروة او يكون تجملا
بين الناس فلا ينكر عليه لاجل الجمع ويحتمل ان يكون
لبنا على ما قالوه واذا كان مترددا بين هذه الجهات
فلا يمكن حمله على احدها دون غيره قرينه ودلاله
السكوت في حق البكر ماخوذ من النص لا من
القياس وقال ابو حنيفة السكوت اذن
لد لا لته على الرضا فان العبد متصرف لنفسه
باهليته لكن حق السيد متعلق به والسكوت
كاف لاسقاط الحق كسكوت الشفيع ومن له الرد
بالعيب فانه يكون اذنا ورضى **والجواب**
ان ما ذكروه يبطل اولا بالسكوت في بيع الحر
مال الغير وبيع الراهن عند سكوت المرتهن وبالعقد

الذي لا فاه السكوت في محل النزاع فانه لو دليلا
على الاذن فيه فلئن قالوا انما كان كذلك لانا جعلنا
ذلك العقد دليلا على غيره والدليل لا بد وان يغاير
المدلول فلا يكون دليلا على نفسه بل دليل على غيره
قلنا ولم لا يكون دليلا على نفسه وغيره
فان العقد ليس هو الدليل بل السكوت هو الدليل
والسكوت عنه هو المدلول فقد تغايرا فيجب
ان يكون السكوت عنه مادونا فيه ايضا مسألة
الاجارة مسألة الاجرة تستحق بتعجيلها مطلق
عقد الاجارة عندنا الا ان يشترط التاجيل
وقال ابو حنيفة لا تجب الا ان يشترط التعجيل
وانما يستحق عنده شيئا فشيئا وماخذ النظر فاعله
تبنى عليها هذه المسألة ومسائل الاجارات وذلك
انهم قالوا المنافع معدومة والمعدوم ليس بمال ولا
يملك وانما يملك عند وجوده قالوا وكما انها عدم

غير مملوكة فهي ايضا غير معقود عليها بل يتراخى العقد
عليها كما يتراخى الملك فهو معلق على وجودها غير منجز
في الحال كما ان الملك يتجدد عند وجودها ومثاله
عندهم الوصية بما يوجد من الثمرة والحمل وعلى هذا
بنوا صحة الاجارة على المدة المستقبلة فانهم قالوا المنا نع ف
معدومة والعقد لا يرد على معدوم ولا بد من محل يضاف
اليه ويتعلق به فالعقد يضاف الى حالة وجودها
وهي متراخية فالعقد ايضا متراخ واذا كان وضع
الاجارة تراخي العقد الى حين وجودها صح ان يضاف
العقد الى مدة مستقبلة ومنفعة ستوجد في
زمان تال ولاجله قضوا بان الاجارة تبطل بموت
احد المتكاريين لان الجزء الذي يحدث منها
بعد موته لم يدخل في ملكه ولا تعلق العقد به وجملة
الامر ان ابا حنيفة لا يغير الحقيقة العقلية
في المنافع ويبقيها على موضوعها فيرتب العقد على
حدوثها ووجودها شيئا فشيئا والشافعي يقول

المنافع وان كانت في حكم العدم وطي الفقدان لا
انها مقدره الوجود شرعا وللشرع ان يحكم ويقلب
الحقايق فيجعل المعدوم موجودا والموجود معدوما
والحي ميتا والميت حيا فهي كالمقبوضه المسلمه بنفس
العقد بدليل نفود تصرفات المستاجر فيها والقدره
على نقلها واخذ العوض عنها مع امتناع التصرف
فيما ملك بالمعاوضه قبل القبض وابلغ من هذا
ملك الاجر من غير شرط تعجيل الاجره فانها تعجل
وفاقا فكيف ملك ان ياخذ الاجره معجله عن شي
لم يدخل في ملكه فانكم تقولون ان المنافع تحدث على ملك
الموجر ولم يملكها المستاجر بعد فكيف اخذ العوض
عنها وهو لا يملكها ثبت بذلك انها كالمقبوضه
شرعا غايه ما في الباب انه تعذر قبض المنافع جمله
واحده وذلك امر نشا من عدم التصور حسا لا الخلل
في السبب شرعا فصار كما لو باعه شيا لا يقدر

على

على قبضه جمله كا كرا من الطعام فانه لا يقدر
على قبضه دفعه واحده وانما يستوفي شيا فشيا
ثم جعل كانه قابض للجميع حقيقه فثبت بهذه الدلا يل
بطلان جميع ما تخيلوه من استصحاب الحقيقه
العقليه في المانع **مسله** اجاره المشا ع
صحيحه عندنا باطله عندهم الا من الشريك ماخذ
النظر تنزيل بيع المنافع منزله بيع الاعيان عندنا
على ما قررناه في المسله السالفه والخصم يدعي بعد
ذلك بنا على ان المنافع لا يتصور قبضها الا بالاستيفا
ولا يتصور ذلك في المشاع فان السكنى فعل لا يتبعض
وكذلك اللبس فاذا ورد على محل كل جزو منه مشترك
فلا يمكن ان يقال صادف بعضه دون بعض **والجواب**
نقول ولكم ان تسليم المنافع باستيفايها باطل بل
تسليم المنافع استيفايها بتسليم محلها وهو الدار
التي اقيم تسليمها مقام تسليم المنافع واضيف العقد

والبرهان القاطع على ذلك انه لو سلمها اليه ولم ينتفع
بها اصلا يمكن مطالبته بالاجرة وان ثبت ان
المعتبر هو المقدرة على تسليم الدار فذلك لا يختلف
بان يكون في البيع او في الاجارة لان حقيقة الاجارة
بيع المنافع مسئلة الاجير المشترك وهو الذي
التزم في ذمته من المستاجر عملا كالقصار مثلا
ليعملها بنفسه او بغيره اذا اقتصر على المعتاد في عمله
فتلف الثوب لم يضمن عندنا خلافا له وماخذ النظر
فيها ان ما حصل تحت يده من خرق او شق فيه عمل
ماذون فيه من جهة المالك عندنا فلا يجب
عليه ضمانه كما في الاجير المنفرد وهو الذي استاجره
يوما ليقصر له ثوبا في بيته مثلا وانما قلنا انه ينتهي
على ماذون فيه من حيث انه اطلق الاذن والاذن
انما يتناول ما يندرج تحت قدرته والداخل تحت
قدرته عمل لا يفضي الى الاتلاف غالبا فان ما يسلم

عاقبته قطعا ويقينا لا يدخل تحت الاختيار والاقتدار
فلا يتصور من الاجير التزامه ولا من المالك الزامه ويتايد
ذلك بالفصد والحجامة فانه يقصد بهما السلامة والصلاح
ثم اذا صار قتلا لا ضمان فان قالوا ذاك لانه لا يمكن ان
يقال له اخرج جرحا لا يسري قلنا يبطل بسراية القصاص
فانها مضمونة عندكم وماخذ الخصم ان الاجير بايع
الزيوف وكذلك المسلم فيه اذا اطلق فانه ينصرف
الى الحنطة الجيدة المعينة ونحن نقول هذا الذي ذكرتم
باطل بالاجير المنفرد فان الرق من مثله قد يسلم وقد
لا يسلم فالعقد مطلق ويحمل لا محالة بما يسلم مسئلة
الهبة مسئلة الملك في الموهوب بعد القبض
لازم لا يصح رجوع الواهب فيه عندنا الا الوالد
فيما وهب لولده وقال ابو حنيفة رحمه الله لا
ينقطع الرجوع الا بالثواب او تلف الموهوب او
حدوث زادة متصلة به وا ستى ما الذ اوهب

من فقير او ذي رحم محرم او احد الزوجين وهب من صاحبه
فانه لا رجوع عنه لحصول العوض وهو الثواب في الاخرة
وصلة الرحم واعلم ان هذه المسئلة خارجة عن قياس
المذهبين فان الذي يقتضيه قياس المتفقوا عليه من الجانبين
ان من ابرم عقدا او الزم ملكا وجب الحقوق وقطع العلايق
ان لا يثبت له الرجوع فيه تشهيا واستقلالا لا غير
انه ووقع الاتفاق على ان الرجوع في الهبة ثابت وانه
لا يثبت في كل هبة بل في هبة دون هبة وانما الاختلاف
واقع في تعيين ذلك الموضع فالشافعي يرى ان وضع
الملك في هذه الهبة على اللزوم فلا رجوع الا للاب
خاصة نصا على خلاف القياس وهو قوله صلى الله
عليه وسلم لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد
فيما وهب لولده فلانه المستحق للاحكام على ابنه
لشرف الابوة وموضع الولادة ولهذا اذا استولد
جارية ابنه ملكها وان كان الوطي حراما وما راينا

لهذا نظير فخصصناه بهذا الحكم ايضا حتى انه لما ضاق
نطاق القياس لم يلحقوا به الجد على اظهر الوجهين وابو
حنيفة يرى ان وضع الهبة على الجواز ولا يلزم
الا بالعوض ففي موضع يتحقق العوض ينقطع الرجوع
كما في البيع وفي موضع لا يتحقق ذلك يثبت الرجوع
قالوا ويدل على اقتضاء الهبة العوض قوله صلى الله عليه
وسلم من اصطنع اليكم معروفا فكافئوه وهذا الذي
ذكروه ليس بشي فان لفظ لا ينبي عن العوض ولا يقتضيه
وانما هو مجرد منحة لو اقتضت عوضا لبطلت دون تفصيل
العوض كما لو ذكر عوضا مجهولا ولصارت الهبة بيعا
ثم جميع ما ذكروه ينتقض بهبة الزوجة فانه لا صلة
فيه ولا يثبت الرجوع فان قالوا ثم رحم قلنا غير صحيح
بل ثم وصلة عقد ومحبة وطلب مودة ومثل
ذلك موجود في حق الاجانب ثم يبطل بهبة ابن عم
فان ثم رحم والرجوع ثابت عندكم ويبطل ايضا بما
اذا زادت زيادة متصلة فان الرجوع ينقطع وما راينا

بخلاف ما يثبت فيه الرجوع يبطل فيه الرجوع بالزيادة المتصلة
الا في الصداق لانه يمكن الرجوع في قيمته بخلاف سائر
المال **مسألة** هبة المشاع صحيحة عندنا
على الاطلاق وتلزم وقال ابو حنيفة لا يصح
فيما يقسم كالاراضي ويصح فيما لا ينقسم كالجواهر
والعبيد ومأخذ النظر ان قبض المشاع ممكن عندنا
بدليل البيع وقبضه المشاع الذي لا ينقسم فانها يفيد
الملك اجماعا مع توقفه على القبض والخصم زعم ان
تمام القبض لا يتأتى في الشائع من حيث انه لا يمكن قبضه
الا مشغولا بجزء غيره وما دام مشغولا بملك الواهب
كان متشابها بنوع تشبث وذلك يمنع تمام القبض
كما لو وهب وعاء فيه وهو مشغول بحنطة الواهب
فان الهبة لا تلزم لكونه مشغولا بملكه قالوا ولا يصح
ان اشتغال الملك بملك الشريك يزيد على اشتغال
الوعاء بالحنطة فان ذلك اتصال مجاورة قالوا وهذا
بخلاف ما لا ينقسم فانه اتى فيه باقصى الممكن فاكتفي به

كالتخلية في العقار فانه تسليم ناقص لا يكتفى به فيما يحتمل
النقل واكتفي به في العقار لكونه اقصى الممكن قالوا ونظيره
ما قاله ابو حنيفة ان جوارح الطير يحل صيدها
وان اكلت منه لانه لا يمكن تعليمها ترك الاكل والكلب اذا
اكل من الصيد حرم لانه يمكن تعليمه ترك الاكل بان
يضرب بالعصا فاعتبر الممكن في كل شيء **والجواب**
من وجهين احدهما انا لا نسلم ان القبض غير
ممكن على سبيل الكمال والتمام وقولهم انه لا يتسلمه
الا مشغولا بملك غيره قلنا هذا لا يمنع من قبضه
مال نفسه فانه قد قبضه حقيقة وان قبض معه
غيره فلا يخرج عن كونه قابضا ملك نفسه الثاني
ان القبض المعتبر في الهبة عندكم هو القبض الحكمي
الشرعي دون الحقيقي فانكم قلتم يصح هبة العقار
كما يصح هبة المنقول والقبض في الجميع التخلية كما في
البيع وان كان القبض الحقيقي عندكم هو النقل والتحو
ل

ولهذا قلتم لا يتصور غصب العقار لانه لا يمكن نقله
وتحويله ثم لم يعتبروا مثل هذا في الهبه فدل انه لا يبنى بعضه
لها غايه القبض مسئله المودع اذا خان في الوديعه
ثم ترك الجنايه وعاد الى الحفظ والامانه لم يصير امينا
ولا مستودعا الا بتجديد عقد الايتمان واستيناف
الايداع وقال ــــــ ابو حنيفه يعود امينا كما كان
من غير تجديد عقد ولا خلاف انه لو جحدها ثم اقر بها
او منعها ثم بذلها او خلطها بغيرها انه لا يبرى من
الضمان وما خذ النظر ان التعدي يرفع عقد الوديعه
عندنا من حيث ان يد الوديعه يد امانه والجنايه ضد
الامانه فلا يجتمعان ويدل على زوال يد الوديعه انعقاد
الاجماع على انها لو تلفت والحاله هذه كانت مضمونه
على المودع واذا ثبت ارتفاع عقد الوديعه قلنا
قضيه كل عقد متى ارتفع فلا يعود حتى يجدد كزوال

الملك في البيع وزوال الحل في النكاح والشركه وهو ان
مقصود الوديعه وحكمها الاصلي انما هو الحفظ والصيانه
واداء الامانه وقد زال هذا المقصود فارتفعت الوديعه
بزوال مقصودها وابو حنيفه يدعي ان امر المالك بالحفظ
امر عام فان حاصل الوديعه ومقصودها يعود الى الحفظ
متعدد في الزمن لا الى حفظ واحد وانما هو حفظ دائم
مستمر كل وقت يتعلق به حفظ فهو اشيا لا شي واحد
فاذا ترك الحفظ في وقت وعاد اليه في وقت فقد فات
بعض المعقود عليه وبقي بعضه فكان حكم العقد باقيا
فيما بقي زائلا فيما فات كما لو استاجر انسانا ليحفظ ماله
شهرا فترك الحفظ اياما ثم عاد الى الحفظ بقيه الشهر
فانه يعود اجيرا حتى يستحق اجر الباقي وكذا لو رهن
عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا عاد الرهن بعد انتفائه
بالخمر وجمله الامر انه مهما عاد الى الحفظ فقد رد
الوديعه الى اليد الثانيه الحافظه الممتثله لامر المالك

الموافقه لصيغه العموم في الاشتمال فكان خارجا عن الهلاك
مسئله الاجير المشترك هو انا لا نسلم ان المعقود عليه
متعدد بل المعقود عليه الحفظ وهو حفظ واحد فان
زال بطل العقد بخلاف ما استشهد به من الاجارة فان
المعقود عليه منافع البدن وذلك متعدد فاذا استوفى
منافعه في وقت وجب عليه من الاجرة بقدر ما استوفى
واما العصير اذا صار خمرا ثم عاد خلا فلا ينقطع حكم
الرهن لصيرورته خمرا بل يبقى موقوفا الى زوال العارض
فان استمرت الخمرية بحيث لا تتخلل قضينا بالانقطاع
قولهم انه اذا عاد الى الحفظ فقد رد اليد النائبة عن المالك
قلنا هذا صحيح ان ثبت ان المالك راض بامانته بعد الجناية
غير ان قرينة العرف قاضية بان المالك لا يرضى بايداعها
عند من خانه وتعدى في وديعته والعرف قرينة معتبرة
بدليل الوكالة وغيرها من العقود مسئلة الصبي
المميز الذي يعقل مثله لا يصح اسلامه عندنا استقلالا

وقال ابو حنيفة رحمه الله يصح اسلامه بنفسه استقلالا لا
بنفسه وانما يتصور اسلامه بطريق التبعية اما لاحد
الابوين اذا اسلم او الدار كاللقيط الذي يوجد في دار الاسلام
او السابي المسلم اذا استرق طفلا وللمسئلة ماخذان
اصوليان احدهما ان الوجوب عندنا بالشرع
والشرع لم يرد بالوجوب في حق الصبي وعندهم بالعقل
والعقل يوجب على الصبي والبالغ اذا كان الصبي عاقلا
فقد نقل عن ابي حنيفة انه قال العقل حجة الله على عباده
الماخذ الثاني ان الوجوب عندنا لا يثبت الا بالخطاب
ولا خطاب وعندهم يثبت بالاسباب فقالوا سبب
وجوب الصوم رؤية الهلال وسبب وجوب الصلوة
دخول الوقت وسبب وجوب الاسلام الدلائل الواضحة
والامارات اللائحة التي عرفها وشاهدها فاذا وجد سبب
الوجوب قلنا الوجوب تعلق بذمته والاداء تاخر لعدم
قبوله بعد البلوغ كما يجب الصوم في ذمة المسافر

لكن تأخر الاداء لعذر التضرر فاذا اتى به فقد اتى بالواجب
والدلالة على فساد المأخذين المذكورين قد استقصيناه في كتاب
تخريج الفروع على الاصول بينا ان العقل لا يوجب شيئا
وان لا وجوب الا بالخطاب والذي يخص مسئلتنا هذه ان
نقول الاسلام مأخوذ من الاستسلام والانقياد ولا بد
وان يستسلم لمن يطلب منه الاستسلام والانقياد والصبي
غير مخاطب ولا مأمور ولا يتحقق معنى الانقياد فاذا تقرر
ان الاسلام غير واجب على الصبي فلا يمكن ان يصح منه
لانه لا يقع قط الا فرضا وليس هو كالعبادات التي تنقسم
الى نفل وفرض كالصلوة والصوم فيصح من الصبي لانها قد
يقع نفلا فيصح منه على وجه النفل فان قالوا لم قلتم ان الاسلام
لا يقع الا فرضا قلنا لانه لو لم يقع فرضا لكان يتخير فيه بين فعله
وتركه فيكون الفعل مباحا والترك مباحا
وترك الاسلام هو الكفر والكفر كيف يكون مباحا
فان قالوا اذا كنتم تقولون ان الاسلام لا يقع الا فرضا

فما تقولون فيما اذا اسلم الصبي تبعا لابيه فان اسلامه صحيح
اجماعا فعلى اي وجه يقع فرضا او نفلا قلنا اسلامه تبعا
لم يحصل بفعله ولا هو مباشر له انما كان ذلك حكما من جهة
الشرع ضمنا وتبعا والله اعلم

كتاب النكاح

مسئلة الاشتغال بنوافل العبادات اولى من الاشتغال
بالنكاح عندنا في حق من لم تتق نفسه الى النكاح وقال
ابو حنيفة رحمه الله الاشتغال بالنكاح اولى لادا اعود
اهبة النكاح وما خلا النظر ان النكاح باصل وضعه ليس
بعبادة عندنا بل هو مباح كاكل الطيب ولبس الناعم وسا ير
ما يسأله الشهوة ويدل عليه امران احدهما انه يصح من
الكافر اجماعا والكافر ليس للعبادة الثاني انه لا يشترط
في صحته نية التقرب وهي من خواص العبادة فاذا ثبت
انه ليس بعبادة وجب ان لا يقدم على العبادة كساير المباحات
وقال ابو حنيفة هو عبادة وربما قالوا فرض على الكفاية
بدليل الاوامر المطلقة كقوله تعالى فانكحوا ما طاب

لكم من النسا وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تكثروا
قالوا وظاهر الامر الايجاب على الاعيان فان صدنا الاجماع
من الحمل عليه تعين حمله واحملوه على اقرب الاحتمالات الى
حقيقة اللفظ وهو الافتراض على خصوصه قالوا وتصحيحه
من الكافر لم يكن بجهة كونه عباده بل لما فيه من عمارة الدنيا
وانما اقبلنا الى الاخذ المعلوم والكافر اهل لذلك من معنى
اسقاط الملك وان كان قربة وطاعة **والجواب**
نقول دعوى كون النكاح عباده وفرضا باطل بما ذكرناه
وما ذكروه من النصوص بقوله صلى الله عليه وسلم احب
المباحات الى الله تعالى النكاح فانه دل على ان النكاح من
قبيل المباحات بحقيقته وما ذكرتموه دل على انه مندوب
او فرض كفاية بمكان وتاويله ولا يخفى ان دلالة الحقيقة
اقوى والاعتبار اولى من المجاز وقولهم انما صح من الكافر
لما فيه من عمارة الدنيا قلنا النكاح موضوع عباده عندكم
والكافر ليس من اهله ونعم الدنيا تبع لذلك واما عمارة المساجد

والقناطر وفك اسرى ما ليس يجري مجرى الازالات والاسقاطات
والكافر اهل لها **مسئلة** المراة لا تلي عقد النكاح
على الاستقلال ولا متوكلة وقال ابو حنيفة رحمه
الله هي مستقلة استقلال الرجال الا في شيء واحد وهو
انها اذا وضعت نفسها تحت من لا يكافيها ثبت للاولياء
حق الاعتراض عليها ومأخذ النظر ان فدر التزويج عندنا
ولاية كالقضاء والامامة والمراة ليست اهلا لها وتعني
بالولاية اثبات سلطنة شرعية في المحل لم تكن ثابتة من قبل
وهذا لان التصرفات نوعان نقل موجود واثبات معدوم
فنقل الموجود كالبيع وليس المنقول ذات العبد لكن الملك
الموجود فيه لان البيع تصرف شرعي فيستدعي متصرفا
فيه شرعيا لا حسيا فالبيع ينقل الملك المشروع ومحل
النقل هو المنقول العبد محل الملك الذي هو محل التصرف النوع
الثاني اثبات الملك بالاصطياد واشباهه ومحل
الاثبات هو الملك المثبت والنكاح من هذا القبيل فانه

فانه اثبات ملك في المراه وذلك لم يكن ثابتا من قبل حتى
نقله واذا ثبت ان قدر التزويج ولايه فالمراه ليست اهلا
لها لان ما بها من الانوثه اورث نقصان في نظرها وقصورا في راىها
في هذا الحكم وهو النكاح لان الشهوه تستولي عليها والشيطان
يستحوذ عليها ولا تنظر الا الى عاجل الحال والى مجرد الصوره
من الخلوق للخلق والولي هو الذي ينظر في المعاني والفوايد التي
يحصل بها الفخار ودفع العار والتنافر من حسن الخلق والمروه
والدين والنسب وما يعد ذلك من الامور ويدل على قصور نظرها
من تحصيل هذه المقاصد حكمان قاطعان احدهما وقوع
الاتفاق على ثبوت الاعتراض عليها اذا وضعت نفسها في غير
كفو فتفسخ ونقول لا يخلو ثبوت الاعتراض عليها اما ان يكون
اما ان يكون لمجرد دفع العار او لقصورها والاول باطل فان
الاب اذا زوجها من غير كفو برضاها لم يثبت لاحد
ممن دون الاب الاعتراض عليه وان كان العار والشنار
يلحقهم فثبت ان الاعتراض كان للقصور في عقلها وقصور

في رايها الحكم الثاني انعقاد الاجماع على انها مولى عليها في
باب النكاح حتى انها لو طالبت وليها بالنكاح وامتنع كان عاضلا
عاصيا اما ترد شهادته ولولا ان اجابتها عليه واجبه
لما فسق وعصى كما لو طالبت ذلك من البعيد وامتنع
فانه لا يعصي وابو حنيفه يجعل النكاح نحو التصرفات ن
الماليه ومن امره فبه على ظاهر القياس ونحن المعنى وما بعده د
الى موارد النكاح الا انه صحه فيقول المراه اذا بلغت
عاقله زالت الولايه عنها في بعضها لا هي ترى ما لها حتى
بيع تصرفها في املاكها وعقودها وساير حقوقها
وهي مالكه لذاتها فلها نقل منافعها كما في الاجاره ويدل
استقلالها حكم قاطع وهو اقرارها فانه لو اقرت بالنكاح ح
وقالت زوجني هذا ولي منها مع شاهدين وانكر الولي
قبل اقرارها ولا يضر انكار الولي لولا استقلالها بالنكاح ح
لوجب ان لا يقبل اقرارها ولا يضر انكار الولي والجواب
المتناصل لهذا الكلام ما اسلفناه ونحن نقول تملك ذاتها

وقولهم تملك ذاتها فتنقل منافعها باطل لان استيفا منافع
البضع لا يتصور في المراه والنكاح حق عليها للزوج فكيف
تنقل ما لا تملك من نفسها واما الاقرار بالنكاح فنمنع
فنقول لا يصح اقرارها فان قالوا فقد نص الشافعي على صحه
اقرارها فقال لو اقرت بالنكاح في الغربه قبل قلنا ليس
هذا باقرارها فانه لو كان اقرارا حقيقه لما اختلف بالسفر
والحضر وانما هو استصحاب حكم على سبيل الاضطراب
فان استصحاب الشهود في اسفارها ونقلها يتهاجر عسرا
وحرجا فعفى الشرع عن تكليفهم اقامه الشهاده لهذا المعنى
حتى قال بعض اصحابنا اذا رجعا الى الوطن فلا حكم لما جرى
في الغربه مسئله البكر البالغه يجبرها ابوها وجدها
على النكاح عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله واعلم ان
اعتماد الشافعي في هذه المسئله ومعظم مسائل النكاح
على الاحاديث وهو الانصاف والذي استدل به الشافعي
في هذه المسئله ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الثيب

احق بنفسها من وليها والبكر تستامر واذنها صماتها وليس
احتجاج الشافعي ها هنا بمفهوم الخطاب بل بما هو اقوى
واعلى من المفهوم وهو طلب المغايره من قسمين متنافيين
وذلك انه قسم النساء قسمين وجعلهن حزبين ثيابا
وابكارا ولا قسم يتوسطهما فضروره التقسيم تحقق المغايره
بينهما في الحكم والا فلو لم يكن الحكم في احدهما ضد الحكم في
الاخر لما كان للتقسيم فايده ولا معنى ولكان الكلام لغوا
باطلا واذا دل على المغايره كان من ضرورته قوله الثيب
احق بنفسها ان البكر لا يكون احق بنفسها فان عارضوا بما
روي ان خنسا زوجها ابوها وهي كارهه فرفعت ذلك
الى النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها قلنا الخبر صحيح
لكن بكم طرحه نقلوا انها كانت بكرا والصحيح انها كانت
ثيبا هكذا رواه البخاري في صحيحه وجميع ما يتمسكون به
من الاقيسه في المسئله فهو قياس يخالف النص الصريح فلا
يعود عليه اما الماخذ المعنوي في هذه المسئله واخواتها

من مسايل الاجبار هو ان النكاح صرر في حق المراه
بالوضع لكونه ارفاقا وتمليكا واستفراشا وفيه ادلال
لحطها مضت فضيلته التي تنادي بها فهي والمستخدم سوا
ولهذا اذا تعري الوطي عن الحل كان عارا غير ان دواعي الشهوه
في المراه بهون عليها هذا المعنى و في كل ذلك الحاصل
العرض الحالي من نفا النوع الانسي اذا ثبت ذلك قلنا الشرع
استثنى البكر الصغيره وجوز اجبارها فان النبي صلى
الله عليه وسلم تزوج عايشه وهي صغيره فنزل ذلك
لورود السنه فيه وبقي من عداها على مقتضى القياس
لقيام الدليل النافي للضرر وابو حنيفه يدعي ان النكاح
من سبل المصالح في حق الرجل والمراه بكل حال وما يحصل
فيه من ضرر ونقص ينجبر بما فيه من مصلحه اتحاد البيوت
واشتباك العشاير واعتضاد القبايل ووجود المهر والنفقه
فيا خذ بحكم العدم ونحن نقول هذا فاسد فان مصلحه
النكاح ما شرع له
مقرها

فليس
من المقاصد الاصليه ولا من الشروط الضروريه وكذلك
المهر والنفقه فان ضرر الارقاق في الحاير لا ينجبر باخذ
المال بدليل ان الكافر لا ينكح مسلمه لما فيه من الابتذال
ثم لا ينجبر ذلك باخذ المال مسله الثيب الصغيره
لا تجبر على النكاح عندنا بل ينتظر بلوغها والمشاورة فيها
وقال ابو حنيفه رحمه الله تجبر والاعتماد فيها
على التوقيف وهو قوله عليه السلام الثيب احق بنفسها
من وليها ومنه دليلان هاهنا احدهما من حيث التعميم
والثاني من حيث التعليل اما التعميم فان اللفظ عام
من حيث ان التعميم يتناول كل ثيب سوا كانت صغيره
او كبيره واما التعليل فان الثيب اسم مشتق من معنى وهو
الثيابه وما منه الاشتقاق ينتصب علما على الحكم ومنسوب
اليه واذا ثبت ذلك فالمعنى حيث وجد تعلق الحكم
عليه المساحه المعنوي في المسله ما اسلفناه في المسله السا لفه

وهو ان القياس يقتضي ان الصغيره لا يجوز تزويجها بحال لان
في ذلك اضرارا بها في الحال لنفع متوقع موهوم والاصل
ان يجوز اجبارها لانه لا يعلم عاقبه الامر وما في النكاح
من المصالح انما يكون حاجه عند هيجان الشهوه والميل الى
الرجال فاذا وجدت هذه الحاجه كان النكاح مصلحه والا
فهو ضرر وفي الحال الصغيره لا حاجه بها الى الرجال فيكون
في حقها ضررا لا مصلحه وصار كالفصد والحجامه واذا
كان من غير حاجه كان ضررا ومفسده لما فيه من عسر الخروج
من ربقه النكاح وهذا بخلاف ولايه المال فان ثبوتها على
مقتضى القياس لانها لو لم نثبتها ادى الى نفاد المال فان ياتي
عليه جوائح الزمان وحوائج الانسان فيستنفده والخصم يقول
الشرع ورد بجواز نكاح الصغيره اذا كانت بكرا فتلحق
بها الثيب ونقول صغيره وصغيره والجامع بينهما العجز
عن مباشره التصرف لنفسها بنفسها والجواب
نقول كيف يلحق احداهما بالاخرى والشرع فرق بينهما

في قوله عليه السلام الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها
والتسويه في موضع فرق الشرع باطله فان قالوا المراد بالثيب البالغ
بدليل ان الثيب التي تثبت لها الاستحقاق البالغ اذ الصغيره
لا حق لها وعندنا الثيب البالغ احق بنفسها من وليها قلنا
حمل الحديث على ما ذكرتموه يبطل فائده تخصيص رسول الله
صلى الله عليه وسلم الثيب بالذكر فان عندكم لا فرق بين الثيب
والبكر اذا كانتا بالغتين في اثبات لهما الاستحقاق
فاي فائده في تخصيص الثيب بالذكر مسئله الولي
لغير الاب والجد تزويج الصغيره عندنا بل بشرط بلوغها
وقال ابو حنيفه يزوجها الاخ والعم وسائر العصبات
غير انه لا يلزم بل يثبت لها الخيار بعد البلوغ الا اذا زوجها
الحاكم فانهم قالوا يصح ويلزم ولا خلاف ان الاب والجد
اذا اجبرا ثم بلغت لم يكن لها الخيار وماخذ النظر ما بيناه
في المسئله السالفه من ان النكاح ضرر في الحال لم يعارضه
حاجه داعيه في حق الصغيره والنفع موهوم في ثاني الحال

ولا يجوز بسبب استقلالها في الحال وجعلها مع فوقه اثنين
لا خلاص لها ولا مناص عنه ان الشرع استثنى من هذا الاصل
الوالد علما منه بان الولد لا يبادر لها نصحا ولا يحابا لوفور
شفقته وكمال احتياطه ونظره وغير الاب لا يساويه في هذه
المعاني القايمه به فلا يجوز الحاقه به ولا قياسه عليه ودليل
التفاوت كون العقد لا يلزم وكون العم لا يتصرف في المال
بخلاف الاب والجد وابو حنيفه يقول النكاح النكاح
من المصالح على ما تقدم في مسئله اجبار البكر ثم يزعم ان
الاخ شارك الاب في اصل الشفقه فصح عنه الوجود
اصل الشفقه ولا يلزم لقصورها عن شفقه الاب وهذا
اولى من تعطيل اليتيمه بعد حصول الكفو الراغب وان
وقع الغرض في الحاكم قلنا يتصرف في بعضها كما يتصرف
في مالها **والجواب** ان نقول لا يجوز
الحاق الاخ بالاب لوجود اصل الشفقه فان هذا القدر
لا يكفي لولايه الاحكام فان الاب من المعاني التي اثارت

في حقه الشفقه ما لا يوجد في حق غيره فينظر لها في حقايق
وخفايا لا ينظر فيها الاخ فكم من كفو معه من شراسه
الاخلاق وخساسه الطبع لا يتالف بينه وبين وجه
قط وكم من غير كفو معه من المسامحه والكرم وطيب الاخلاق
ما يدوم به الصحبه وتطيب معه العشره والاب ينظر
في هذه المعاني والاخ ان نظر فانما ينظر الى ظاهر الكفاءه
ولا يبالي بهذه الدقايق فكيف يسوي بينهما ويجعلان
بجبرين **مسئله** الفاسق لا يلي عقد النكاح
عندنا على القول المنصور في الخلاف وقال ابو
حنيفه رحمه الله الفاسق كالعدل في ولايه النكاح واعلم
ان الخلاف في هذه المسئله لا يتصور الا في حق الصغير
والصغيره بالاضافه الى الاب والجد فان البالغه لا ولايه
عليها للفاسق اجماعا اما عندنا فلفسق الاب وعندهم
لكونها وليه نفسها ومأخذ النظر ان الفسق يخل بالنظر
المامور به في هذا الباب بقوله عليه السلام النكاح رق

فلينظر احدكم ان يضع كريمته وهذا لان الشرع حيث ضرب
الولايات انما ضربها في محل القصور والنقص لينظر الكامل في حال
الناقص ولهذا رتب الشارع العصبات في هذه الولاية فقدم
الاقرب فالاقرب لان كل من قرب ودنا كان اشفق واحنى
اذا ثبت ذلك فنقول كمال النظر في حق الولي انما يتحقق بداعي
الشرع وباعث الطبع والفسق يخل بالباعث فيعود للداعي
فانا لا نامن ان يصرف حقها الى نفسه ويزوجها بفاسق مثله
ليستعين به على فسقه ويحصل بطلبه عن بعض المنكرين فان الناس
اشكال والالف وكل يميل الى حبسه وجنسه ويحن الى شكله
والنكاح ارفاق مؤبد واحلال مخلد وانما صار مصلحة بالحجر
والمقابلة والتناهي في النظر الصادر عن شفقة كاملة وديانة
وازعة فاذا لم يوجد ذلك وجب ان لا يستقل به وكذلك
تسلب ولاية التصرف في مالها وابو حنيفة يدعي ان
الفسق لا يخل بنظره في حق ابنته فان نظره لولده مقتضى طبعه
الجبلي وموجب شهوته الخلقية وكما يجب عليه الطبع

اذا صدقت فيه رغبته اسعى في كماله عن باعث من خارج
كما ان الجائع اذا صدقت شهوته للطعام كان الامر بالاكل اخذه
عدم الاثر في اقدامه عليه والى هذا المعنى يشير قول من قال
في الاصول ان تكليف المكره بما اكره عليه محال فانه يفعل ما
يفعله اجابة لداعيه الاكراه ودفعا للهلاك عن نفسه
سواء وجد الامر ام فقد والوا واما ولاية المال فتثبت له ايضا
لكن القاضي ينصب عليه مشرفا يطالع احواله لان المال
مظنة الاحتيال بخلاف البضع فان الخيانة فيه معلومة والجواب
قولهم ان كمال نظره بموجب البضع يغني عن باعث من خارج
قلنا العدالة مع تجردها من اسباب النظر والقرابة كذلك
فاذا اجتمعا في شخص كان اتم نظرا وليس للشرع ان يلغي الشرع
بفعل على وفق الطباع كافاضة النعم واصطناع المعروف
وانقاذ الهلكى وجميع محاسن الاخلاق ومكارم العادات
فانها مقتضى الطباع السليمة والنفوس الزكية والشرع ورد
بتقريرها واما تكليف المكره ان صح فهو ملجأ الى الفعل مدفوع

اليه فهو الخلاف محل النزاع فان نظر الانسان لولده وشفقته
عليه ليس امرًا منضبطًا بل الاباء فيه على ثلاثة اقسام فمن مشفق
يجني على ولده ومن معرض متوان ثم المشفقون على مراتب
من الزيادة والنقصان فجاز ان يكون للاب قاصر الشفقة
فتقبله العدالة كاملا ولهذا لم يستبد بولاية المال قولهم
ان المال مظنة الاختزال قلنا والتزويج مظنة الاهمال ولا فرق
الا ان المال متعلق غرضه والبضع يتوسل به الى المال
الذي هو متعلق غرضه في المهر وغيره مسألة الثيب المصابة
بالسفاح يعتبر صريح نطقها في النكاح عندنا خلافا له
فانه قال تزوج تزويج الابكار فيكون اذنها الصمات لهم
في المشهور بالزنا خلاف ومأخذ النظر اختلاف الامامين
في تخريج مناط الحكم في حق البكر فعند الشافعي ان الاكتفا
بالسكوت في حق البكر لم يكن لمطلق الحيا الذي علق عليه
صاحب الشريعة الحكم حيا البكارة بدليل ان الحيا
امر باطن يختلف ولا ينضبط فكم من ثيب من بنات الكرام

وذوات الخدر تستحي وكم من بكر وقحة لا تبالي بالرجال ولا
تستحي من ذكر النكاح واذا كان ذلك لا يمكن ان يدار الحكم
عليه فيجب الرجوع فيه الى الضابط الشرعي حتى لا يضطرب ويختل
وذلك هو البكارة التي هي مظنة الحيا غالبا فهي المثبت
اذ لكن الحيا حكم الثيب كالوطي مع الشبهة والنكاح مع الشبهة
وقد زالت البكارة فيزول الحكم ولا يتبع المعنى في ادراكه
فانه لا يعرف ونظيره الصبي فانه لما كان مظنة الجهل
في الصبا والبلوغ مظنة العقل والهداية كان هو الضابط
وابو حنيفة يقول الحيا في حق البكر هي العلة دون البكارة
من حيث انها تستحي من النطق بذلك في حقها طبع وجبلة
لما ينسب اليه من الوقاحة واظهار الرغبة في الرجال
فتسقط همتها ويظهر فضيحتها قالوا وكل حكم امكن تعليله وجب
تعليله وقد امكنا تعليل هذا الاصل بعلة ظاهرة مخيلة
فيجب ان يكون المرعي عين العلة لا محل العلة كما قلتم ذلك
في اموال الربوا فانكم عللتم محل الحكم هو البر واستنبطه

الطعم ولم تتفقوا على طعم الرجل عليهم الى الكل مطعوم والعيتم
والغيبر الحل دلا اثر له والمحل لا يعتبر مع العله الا اذا كان
محل العله مكبرا للعله ومقويا لها كما قلنا في الزنا مع الاحصان
فانه يعتبر للرجم المحل مع العله قالوا فاذا ثبت ان الحيا
في حق البكر هو العله فهو المرعي دون البكاره فهذه الزانيه
حياوها اعظم من حيا البكر والخش لانها اذا نطقت بل
ابصارانيه فتتشيع فاحشتها فتظهر فضيحتها فهي اولى من البكر
في الاكتفاء بسكوتها وهذا كله مدفوع بما ذكرناه في نوع
ماخذنا مسلة لا ينعقد النكاح بشهاده فاسقين
اي بحضورهما عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله
ينعقد وماخذ النظر اختلاف الامامين في ان الفاسق
هل له اهليه الشهاده ام لا ومعنى الاهليه تصور قبول
قوله في بعض الاحوال فالذي ذهب اليه الشافعي ان الفاسق
ليس له اهليه الشهاده بدليل امور ثلثه احدها علمنا
بان الاولين من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا

هذا

هذا من الحكام والقضاه والولاه كانوا يبحثون عن احوال
الشهود ويسالون عن بواطنهم وعن التفسير والتطهير
ويبحثون لصاحب المسايل ولو لا ان العداله شرط لما
اجمعوا على اعتبارها والسوال عنها الثاني قيام التهمه
فان السبب الذي هو منار التهمه منشاها قايم في حقه
وهو الفسق لدي لم يدع فيه هواه ولم ينظر في عقباه مال
الى سهوانه ولذاته واجله بعاجله ولا يومن كذبه وبحوطه
اتباعا لاغراض نفسه واذا كان الامر على ذلك وجب
ان لا يقبل شهادته وان غلب على الظن صدقه لقيام سبب
التهمه الا ترى ان الابوه لما كانت سببا يوجب التهمه في ميله
الى الولد لا يقبل شهادته وان غلب على الظن صدقه نظرا الى
الضابط وبالعكس وهذا العدل تقبل شهادته بكل حال
وان كانت الشهاده لاخيه او صديقه وربما مال اليهما
لكن لما كان الضابط الموجب لقبول الشهاده قايما اعتبرناه
ولم يلتفت الى الصور النادره والاحوال الشاذه وقد

تا بذلك برد روايته في الاخبار مع متساهلتهم في الروايه
دون الشهاده ودعى فيها من الشروط والتاكيدات ما لم يرع
في الروايات من العداله والحريه والذكوريه واذا لم يقبل روايته
مع انه قد سومح فيها فشهادته اولى ابو حنيفه يقول له اهليه
الشهاده تمسكا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشهود من غير ذكر العداله ونحن نقول هذا يعارضه قوله صلى
الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فانه مقيد
بالعداله والمطلق يحمل على المقيد والخاص ومقتضيه على العام
الثالث ان المعنى الذي لاجله اشترط حضور الشاهدين
في النكاح توثيق العقد وحفظه والاحتياط في اثباته وصونه
عن التجاحد والتناكر اذ هو عقد خطير شريف قد ميزه
الشرع عن سائر العقود لما فيه من حفظ النسب ومراعاة
الولد والدليل على ان المقصود من الشهاده هذا امران
احدهما ان الشرع شرع الشهاده في المداينات كما شرعها
في المناكحات ثم عقلنا المعنى هناك من شرع الشهاده وهو

ما لبه عليه الشرع قال ان تضل احدهما فتذكر احداهما
الاخرى فبان ان التوثق ثم الاثبات عند التجاحد والانكار
فكيف نفهم هذا المعنى في المداينات ونبناه في النكاح مع
ان الشهاده في النكاح واجبه وفي غيره مستحبه الثاني نص
ابي حنيفه رحمه الله على ان نكاح المسلم بالمسلمه لا ينعقد
بشهاده ذميين ونكاح المسلم بالذميه ينعقد بشهاده ذميين
ولولا افتراق الشاهدين في غرض الاثبات فان شهاده اهل
الذمه مقبوله عنده على الذميه دون المسلمين لما كان للفرق
بين المسلمين معنى وهذا وهذا قاطع لا جواب عنه وبه يتبين
فساد قولهم ان اشتراط الشهاده في النكاح كان لغرض الاعلا ن
والاظهار دون الاثبات واذا ثبت ان المعنى الموجب
لاشتراط الشهاده هو الاثبات بطل الانعقاد بحضور
الفاسقين لتعذر الاثبات بقولهما فان قالوا عند نا
يثبت بقولهما اذا غلب على ظن الحاكم صدقهما فان
يتخير في قبول شهادتهما عند غلبه الظن قلنا هذا هو

الدليل على انه ليس من اهل الشهاده اذ لو كان كذلك لوجب
على الحاكم الحكم بشهادته ولا يتخير كما في شهاده العدول والله اعلم
مسالة لا ينعقد النكاح ولا يثبت بشهاده رجل وامراتين
فقال ابو حنيفة رحمه الله ينعقد ويثبت وليس من
الماخذ قول الاصحاب ان النكاح قد احتاط الشرع في
بابه وعن طريق اثباته فلا يثبت بشاهد وامراتين فان هذا
يلزم عليه الطلاق فان الشرع ما احتاط في اثباته بل هو
سريع الثبوت فكان ينبغي ان يثبت بشاهد وامراتين
فان قلنا الطلاق الطلاق مبغض فلا يثبت بشاهد
وامراتين بطل هذا العتاق فانه محبوب الى الله تعالى مرغوب فيه ولا يثبت ايضا بشاهد وامراتين الضابط
ما ذكره الشافعي فقال كل حق ليس بمال ولا المقصود منه
المال وهو مما يطلع عليه الرجال على غالب الاحوال كالنكاح
والطلاق والرجعه والفيئه والوصيه والوكاله وغيرها
مما ليس بمال ولا يقصد منه المال ماخذ النظر ما ذكره

الشافعي رحمه الله فانه قال الاصل عدم قبول شهادة
النساء واثبتنا غيرها والدليل على ان هذا هو الاصل انه لا يخلوا
اما ان يكن اصلا في الشهاده او تبعا فان قيل هن
اصول فباطل بدليل انه لو اجتمع ما به منهن مجتمعات
لم يقبل شهادتهن على باقة بقل ولو كن اصلا لقبلت
شهادتهن وان قيل هن تبع فباطل ايضا لان معنى التبعه
لا ينفردن في حقهن لان حد التابع ما لا يستقل بحمل الحكم وحد
الاصل ما استقل بحمل الحكم وقد راينا النساء ينفردن حالا
واحدا في الشهاده والرجل الواحد غير مستقل بالشهاد •
لانه لا يستقل بحمل الحكم اذا ثبت انهن ليس تبعا ولا اصلا
دل انه لا مدخل لهن في الشهاده والاصل ان لا يقبل شهادتهن
الا ان الشرع ورد بشهادتهن في الاموال لمعنى وهو ان الاموال
طرق تحصيلها او تتعدد جهات استجلابها لان البياعات
والمعاملات يتكررن في اليوم والليله مرارا ويتكرر فيها المكرر
والشرع اثبتها بشاهد وامراتين وبشاهدين وبشاهد ويمين على

اصلنا نوسعه في طرق اثباتها للحاجه الداعيه الى ذلك
بخلاف النكاح وغيره فانه يندر وقال ابو حنيفه
شهاده النسا شهاده اصليه بدليل وجوب العمل بها
مع القدره على شهاده الرجال وقصورها عن كمال الحال والولا
وما جبلن عليه من الغفله والنسيان فنجبر بالعدد ونبه
الشرع عليه بقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر
احداهما الاخرى الجواب قد بينا
ان الاصل عدم قبول شهاده النسا لخلوهن عن رتبه
الاستقلال ورتبه الاتباع واما قبول شهادتهن مع
القدره على شهاده الرجال لان ما ذكرناه من توسيع طرق
الاثبات في باب الاموال للحاجه الداعيه الى ذلك
فلو قيدنا القبول بالعجز عن شهاده الرجال لعاد التوسيع
تضييقا قولهم ان ما فيهن من الغفله والنسيان تجبر بزياده
العدد قلنا فكان ينبغي ان تعدلوا في الجانب الاخر فيقبلوا
شهاده اربع على انفرادهن في الاموال وان تقبلوا في الزنا

رجلين او اربع نسوه فلما لم يطرد ذلك دل انه كان لعدم
اهليتهن مسئله لا يجوز للابن ان يزوج امه بحكم
البنوه عندنا خلافا له فانه قال يزوج وزاد على هذا وقال
يقدم الابن على الاب في الولايه لا تكون سالبه لها فانه
يجوز ان يزوجها اذا كان حاكما او كان ابن عمها او كان مولا
لها وعند ابي حنيفه يزوجها بكل حال واعلم ان الخلاف
في هذه المسئله لا يتصور الا في المجنونه فان العاقله الرشيده
لو اذنت لاجنبي في تزويجها صح عندهم فضلا عن الابن
ولا يتصور ايضا فرضه في الصغار فان الصغار انما يكون
مع البكاره وذلك محال في حق الابن ماخذ النظر ان
اصل ولايه الاحكام والاجبار باباه القياس على ما ورنا ه
في مسائل الاجبار من حيث انه صيرنا حرو في الحال
لحق موهوم في ثاني الحال فاي قياس يتصدى الى ان يحكم
زيد على عمرو ويصير المحكوم عليه مسترقا تحتها لا
خلاص له ولا مناص الا ان الشرع استثنا من هذا الاصل

معان توجد فيه ولا توجد في غيره من كمال الشفقه ووفور
النظر واداب النفس في تحصيل الاحظ الاغبط للولد والابن
لا تساوي الاب في ذلك فان ولاية النكاح منصب تقتضيه
رتبه الاصل لا رتبه الاصل لفرع من حيث انه مستفاد
بالتعصيب والشفقه والابن وان كان لم يعصب لكنه لا شفقه
له على امه ولا يتغيظ بعار امه ولا بتيه دناءتها ولا يصير
شريفا بشرفها ولا عاميا بعاميتها اذ الانتساب الى
الاباء والامهات اوعيه كما قال الشاعر
وانما امهات القوم اوعية مستودعات وللاحساب
اباء
وقد يكون شريفا والام رقيقه ولهذا نقول لو اجتمع اخوان
احدهما شريف من الابوين والاخر امه رقيقه ولهذا
كانا سوا في الكفاءه واذا كان لا يلحقه عارها لم يكن لنا بها
فان قالوا هذا ملغي بالحاكم والمولى المعتق فانه يقول الزوج
وان لم يلحقه عار قلنا اما الحاكم لا يلزمنا على تعليلنا يلزمكم

على تعليلكم فانكم تعللون بالعصوبه والحاكم ليس بعصبه
فان قلتم انما تولى لاجل الحاجه والضروره لان ولايته
ولايه حاجه قلنا هذا عندنا ايضا انما تولي الابن وان لم
يلحقه عار لاجل الضروره واما المعتق فيلزم على قياس
مذهبكم ايضا لم زوج وليس بقريب ثم نقول المعتق
له قرابه شرعيه قال صلى الله عليه وسلم الولا لحمه كلحمه
النسب وقال مولى القوم منهم فقد زنا عارا على قدر
تلك القرابه لان مولى القوم اذا كان منهم لحقهم عاره وتمسك
الخصم بان الولايه مبناها على قوه العصوبه اذا كان الابن
مقدما على الاب في العصوبه حتى صار معه صاحب
فرض وجب ان يكون مقدما عليه في الولايه ونحن نقول
هذا طرد محض ولا معنى للعصوبه الا حيازه المال بعد الموت
وحيازه المال بعد الموت لا يناسب الاحكام في حال
الحيوه وربما تعلقوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لعمر ابن سلمه قم يا غلام فزوج امك

من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه نص قلنا لانه كان ابن
ابن عمها فكانا يحبهان في محرومي انكاح رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا يحتاج الى ولي لان الولي اراد تحصيل الكفو ورسول
الله اكفا الاكفا وبه شرف الاولون والاخرون مسئله
اختلف الاوليا المتساويين في الدرجه اذا زوج موليته
من غير كفو برضاها لا يصح العقد عندنا على القول المنصور
في الخلاف والاظهر والقول الثاني انه يصح ولا يلزم حتى
يثبت لباقي الاوليا حق الاعتراض وقال ابو حنيفه
رحمه الله العقد يصح ويلزم وليس لاحد من الاوليا
الاعتراض اعلم ان الخلاف في هذه المسئله لا يتصور الا
في الاولياء الاشقاء فان المجبر يتحد في كل حال والاخوه
والاعمام لا يجبرون الثيب والصغيره عندنا فصورة
الخلاف ما اذا زوجها احد الاخوه مثلا من لا يكافيها
برضاها وماخذ النظر ان الكفاءه عندنا حق ثابت لكل
واحد من الاولياء على الكمال من حيث النسب هو

هو الاخوه مثلا ولكل اخ يدلي بالاخوه كاملة وليس يقف
كمال اخوته على اخ اخر فاذا اسقط احد الشخصين لا يوجب
اسقاط الاخر لحق الشفعه فانه لما ثبت لكل واحد
بسبب يدلي به من ملكه كالثلث والربع جميعه وكذلك
القصاص المتعدد فانه اذا ثبت لكل واحد قصاص كامل
ثم ان احدهم اسقط حقه لا يسقط حق الاخر وقال
ابو حنيفه رحمه الله الثابت لجميعهم حق واحد لا يتجزى
بدليل ان الثابت للاخوه عند فقد الاب مما كان ثابتا
للاب عند وجوده ولان ادلاهم الى الاخت بواسطه
الاب لا بانفسهم وفيهم لا يزيد على قرب الاب ثم الثابت
له وهو يدلي بنفسه واحد فكيف يثبت لابعاضه
المدلين اعداد من الحق فيرد حقهم على حقه والجواب
نقول الاتحاد والتعدد في الحق لا يعرف باتحاد المستحق
وتعدده ولا باتحاد المحل وتعدده وانما يعرف باتحاد السبب
وتعدده ولذلك يستحق على الشخص الواحد قصاصان

والمال مختلف وقد يستحق الشخص الواحد قصاص نفس مختلفين
على شخص واحد واذا تقرر ذلك فنقول قد بينا ان السبب
متعدد وهو الاخوه وكل اخ يدلي باخوه كامله وحد الاخ
او عدم فهي عله كامله في الاستحقاق فان ادلى به شخص واحد
كمل حقه وان ادلى جماعه تعددت النسبه فيتعدد الحكم
كالشركه فانها عله استحقاق الشفيع ثم يتعدد بتعدد
الشريك ويتحد باتحاده وخرج على هذا القصاص المتحد اذا
اسقط احد الورثه حقه فان السبب هناك متحد مسله
الولي الاقرب اذا غاب غيبه منقطعه لم يكن للابعد
التزويج بل القاضي ينوب عن الغايب وقال ابو حنيفه
رحمه الله ينتقل الولايه الى الابعد ويفوض التزويج اليه والغيبه
المنقطعه عندنا مسافه القصر وعندهم المسافه التي لا يتخطاها
القوافل في السنه اكثر من مره واحده واعلم ان الخلاف في
هذه المسله لا تتصور الا في ولايه الاجبار اعني في حق الاب
والجد خاصه بالنسبه الى الصغيره لان غير الاب والجد ليس له

ولايه على الصغاير عند الشافعي والعاقله البالغه لا ولايه
عليها عندهم وماخذ النظر ان الغيبه عندنا لا تخرج الاقرب
عن كونه وليا بدليل الحكم والمعنى اما الحكم فهو انه لو زوجها
في مكانه صح تزويجها ولو زوجها وكيله الحاضر صح واذا تصرف
في مالها بعد الغيبه المنقطعه صح واما المعنى فهو ان اسباب
الولايه مطرده من قرب القرابه والعداله والاله
الكامله والشفقه الكامله والحشمه الكامله ولم يكن
الولايه ثابته لعدم الغيبه بل لصلاحيته بهذه الاوصاف
وابو حنيفه يقول انتفت ولايته بالغيبه المنقطعه لان
المقصود بهذه المعاني المذكوره النظر في مصلحتها وذلك
يبنى على معرفه الاحوال والمعرفه تستفاد بالبصيره حاله
الحضور وبالسماع والاستخبار عند الغيبه ومهما انقطعت
الرفاق تندرس الاخبار الا على ندور فينقطع النظر
لتعذر رعايه المصلحه وهذا باطل بما ذكرناه من دلاله الحكم
والمعنى مسله لا ينعقد النكاح الا بلفظ التزويج والانكاح

اومعناهما الخاص بكل لغة عندنا وقال ابو حنيفة
ينعقد بلفظ الملك والبيع والهبة وكل لفظ دل على الملك
وماخذ النظر اختلاف الفريقين في حقيقة المعقود عليه
في النكاح فانه اغمض ما يطلع عليه وقد اضطربت فيه مسالك
الفقها لاختصاصه انواع من العجايب وفنون من الغرايب
وخصايص من ازانا لا توجد في غيره فان فيه الطلاق والظهار
والايلا واللعان والخلع والرجعة وهو سبب للميراث
كالقرابة وهذه خصايص لا تعرب عنها العبارات الموضوعة
لساير العقود ولفظ الانكاح والتزويج لا ينبي عنها بوضع
اللغة وانما ورد الشرع به فاتبعنا مورد الشرع ولم نعقل
معناه حتى نعديه الى غيره فان مقصود النكاح انما هو السكن
والازدواج والاشتباك والامتزاج والتواصل والتناسل
وهذا عقد مخصوص وضع على هذا الوجه وانما الحق غير
المنصوص بالمنصوص نعديه المعنى في موضع النص اذا لم نعقل
فيه معنى اقتصرنا على موضع النص ولا نتعداه الى غيره كما في لفظ

الشهادة وهذا بخلاف الطلاق فانه رفع للخاصية فيكون فيه
ادنى خيال العقد جلب للخاصية فلا بد من لفظ يحوي المقصود
اذا انفرد ذلك فنقول الذي قطع به اصحاب الشافعي عن اخرهم
ان المعقود عليه في النكاح هو المنفعة واصحاب ابي حنيفة
يختلفون في ذلك والذي عليه اكثرهم ان المعقود عليه في النكاح ح
هو عين المراة وذاتها وقد استحسن بعض المتاخرين منهم
من ذلك فقال المعقود عليه في حكم عين والذي يدل على ان
المعقود عليه هو المنفعة ان المعقود عليه في كل عقد
ما هو المقصود المبتغى من ذلك العقد وقد راينا المقصود
المبتغى من عقد النكاح المنفعة والاستمتاع وهو الذي
يقصد الزوج منها فانه لو قيل لم تملك عينها قال لا بل المنفعة
وكذلك الولي انما يقصد منفعتها والا فالعين حرة لا تقبل
التمليك فان الحر يبقى على الملك فيستحيل ان يملك واذا ثبت
ان المقصود هو المنفعة كان هو المعقود عليه الا ترى ان
البيع لما كان المقصود فيه العين والاصل عين تسليمها النفعة

كان المعقود عليه عين تنشا فيها المنفعه وبهذا المعنى فارق
البيع الاجاره فان الاجاره لما كانت المقصود منها مجرد
المنفعه قلنا هو المعقود عليه في الاجاره وهل اصل يطرد
في ساير العقود فان قالوا اذا كان معقود النكاح هو
المنفعه فكان ينبغي انه اذا صرح وقال ملكتك منفعتها
ان ينعقد لانه صرح بالمقصود وما كنى قلنا لا ينعقد لما
بيناه من ان النكاح ليس فيه ملك بل حكمه الزوجيه
وكيف يفيد ملك الزوج في المراه والمنفعه مشتركه
بينهما فان قالوا اذا دل النص على ان النكاح ليس فيه ملك
وكان ينبغي اذا قال لا ملك لي عليك ان لا يقع الطلاق
لانه ما ازال ملكه قلنا الطلاق حل تحريم ويكفي فيه ادنى خلل
من مشابه الزوال ولهذا يقع باللفظ الفاسد والكنايات
البعيده فانه لو قال طلقتك نصف طلقه وقع او طلقتك
في شهر في جميع الشهاده فان قالوا هو كلام لكي يسهل التعبير
عن الشي باسم ما يول اليه مجاز شايع في اللغه ومثلنا من هذا

القبيل فان ملك الرقبه يول الى ملك المنفعه وهو سبب
فيه فاذا قلنا ملكتك بنتي فقد تعرض للسبب الذي يفيد ملك
المنفعه فينبغي ان يصح قلنا باطل من وجهين احدهما ان ملك
الرقبه انما يول الى ملك المنفعه في محل قابل للملك وقد بينا
استحاله الملك للحقيقه واذا استحالت الحقيقه استحال المجاز
المبني عليها الثاني ان ذلك باطل بما اذا قال ملكتك منفعه بنتي
فانه لا ينعقد به مع التصريح المقصود وربما تمسكوا بنكاح النبي
رسول الله صلى الله عليه وسلم والجواب ما اخذ لمذهبهم وقالوا
خالصه بنص الكتاب وقوله تعالى وامراه مومنه ان وهبت
نفسها للنبي ان اراد النبي قلنا المراد بقوله وهبت انها زوجت
نفسها من النبي بلفظ الهبه انما المراد بذلك انها ادعت
وانقادت لامر الرسول عليه السلم والدليل على ذلك انه لما
ال الامر الى العقد قال ان اراد النبي ان يستنكحها خالصه
ولم ينقل عن النبي عليه السلم انه عقد نكاحا قط بهبه
امراه فان قالوا فما معنى قوله خالصه لك قلنا وما معناه

عندكم وان تقولون لا يختص بعدل قلنا هذا نا ولنا مسألة
السيد لا يملك تزويج عبده البالغ اجبارا على القول الجديد وهو
الصحيح عند خلافا لهم ولنا في اجبار العبد الصغير طريقان
منهم من قال فيه قولان كما في الكبير ومنهم من قال يجوز اجباره
قولا واحدا ولا خلاف في اجبار امته وماخذ النظر ينقح
مناط الحكم في اجبار الامة فمستندنا اجبارها عندنا ان
مورد عقد النكاح منفعة البضع وهي مملوكة من الامة
دون العبد فله فعلها وتمليكها وعندهم ملك الغير وذلك
موجود في العبد وقد استقصينا تقرير الماخذين في المسله
السالفة وربما عللوا الاجبار باستصلاح المال وقاسوا
على الفصد والحجامة وشرب الدواء وهو فاسد فان الاستصلاح
انما يحصل بطريق الوطي وهو غير مجبر عليه بل هو قادر على الطلاق
بخلاف الفصد والحجامة وشرب الدواء فان الاستصلاح
يحصل بعين ذلك وربما جعلوا ماخذ الاجبار الولاية على
العبد وقالوا اجمعنا على ان بعد العتق له ولاية على الحل

لاثر من اثار ملكه فلا يكون له ولاية بحقيقة الملك اولى قلنا
باطل من وجهين احدهما ان السيد لا يتصرف في العبد
طلبا لمصلحة العبد وانما يتصرف طلبا لمصلحة نفسه ولم يحصل
من مصلحة العبد فلا يحصل به الا ما يوجد في حقه كمال منفعة
تعود الى داره وما ثبوت الولاية بعد العتق فلا نسلم ان ذلك
اثر من اثار الملك بل ذلك بسبب تجدد وهو الاعتاق
والانعام فانه اخرجه من كتم العدم الى الوجود قال
الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم
الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق فسماه انعاما م
وذلك يقتضي ثبوت ولايته عليه واما ان يحال بحكم اثر
من اثار الملك فحلا ادا الملك لم يولع ابرا اصلا الثاني انه
لا نسبة لهذه الولاية الا ملك الرقبة سبب لهذه الولاية
ولا اصل يقاس عليه سوى الامة وقد سبق الفرق بينهما
بما اغنى عن الاعادة مسألة نكاح الاخت
على الاخت البائنة جائز عندنا وقال ابو حنيفة لا يجوز

وهكذا الخلاف في نكاح اربع سواها وماخذ النظر يعرف
حكم الايه المحرمه للجمع بين الاختين فان الله تعالى ذكر الجمع ولم
يذكر المجموع فهو عند الشافعي محمول على الجمع بين الاختين وعند
ابي حنيفه الجمع بينهما في الوطي ويدل على صحه ما ذهب اليه
الشافعي وبطلان ما صار اليه الخصم امران احدهما دلاله
نظم الكلام قال الله تعالى ذكر المحرمات في النكاح وعطف
الجمع بين الاختين على تحريم ذوات المحارم في النكاح والظاهر
مشاركه المعطوف للمعطوف عليه في الحكم الثاني ان تحريم
الجمع في النكاح مراد بالاجماع فلو جعلنا غيره مرادا لزم منه
اما الاجمال او الابهام على احد التقديرين وتعميم المضمر على التقدير
الثاني وكل واحد منهما ممتنع على ما عرف في الاصول ثم ما تخيلوه
من تحريم الجمع في الوطي باطل فان الجمع في الوطي لا يتصور لو قوعه
متعاقبا فان قالوا المراد بالجمع في الوطي جمع مايه في رحم اختين
وهذا اذا تزوج اخت المختلعه والمعتده رحمها مشغول بمايه
فقد جمع مايه في رحم اختين قلنا باطل بمسالتين احدهما

اذا وطي مستولدته التي اقر بحملها فانه يجوز له ان يزوج باختها
في الحال وبطاها الثانيه اخت الامه المخلعه في الاستبرا اذا
تزوجها ووطيها فانه جامع ماه في رحم اختين ولم يحرم فان قالوا
فقد قال صلى الله عليه وسلم ملعون ملعون من جمع ماه في رحم
اختين وروي ايضا من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمع
ماه في رحم اختين قلنا تاويل الحديث لا يجمعن ماه اذا كان ن
قادرا على الجمع والشغل في ذلك وذلك اليمين بان يكون
في ملكه اختان فيقدر على وطيهما فيمتنع من ذلك اما في مسئلتنا
فلا يتصور لانه غير قادر على الجمع والشغل فان قالوا معقول
اشار اليه صاحب الشرع حيث قال لا تنكح المراه على عمتها
ولا على خالتها لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على
الصغرى فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامهن فعقلنا
المعنى وان ذلك مما يورث العداوه والنقصان والضنا عنه
والمعاطه المفضيه الى قطيعه الرحم التي نهى الشرع
عنها قالوا وهذا المعنى موجود في التزويج حال قيام

العده فانه يودي الى مغايظه الاخت لانها تاخذ زوجها
منها قلنا ليس المحرم مطلق المغايظه اجماعا بل المغايظه
الجاريه في النكاح بدليل انه اذا تزوج اختها ثم طلقها
في مجلس العقد وعقد على اختها في الحال فان هذا يودي
الى مغايظتها سيما اذا كان بسوال اختها وبذلها الاموال
له ثم لا يمنع من نكاح اختها واذا ثبت ان المحرم هو
المغايظه الجاريه في النكاح فذلك غير موجود في مسئلتنا
فان المعنى الموجب لها هو التزاحم على مقصود النكاح
والاجتماع في امور خاصه من القسم والبيتوته وهذه
الامور قد زالت بالبينونه بالطلاق الثلاث فانتفت
المغايظه المحرمه فان قالوا العده خلف عن النكاح من حيث
انها من حقوق النكاح واثاره وخلف الشي يقوم مقامه
قلنا لا نسلم ان العده خلف النكاح فان العده عندنا
موجب شغل الرحم بالما المحترم لا موجب النكاح ولذلك
يثبت في الوطي بالشبهه ولا تجب عند عدم الدخول

وتتقدر بالاقرا دون الاشهر بخلاف عدة الوفاه
ثم وان سلمنا انها موجب النكاح واثره لكن لم قلتم
انها تقوم مقام الحقيقه الا ترى ان بعد انقضا العده تبقى
محرمه على الزوج وابنه وتدوم حرمه المصاهره عليهما ثم
لا يقال هذا اثر النكاح فليدم بسببه المنع من الجمع الذي
هو موجب نفس النكاح واعلم ان حق النظر في هذه
المسئله من جانبنا ان نعتمد على التمسك باستصحاب الحال
الثابت في حق هذه الاخت بان نقول الاصل في حقها
الحل الى ان يتجدد مانع ويستدل عليه بعموم اللفظ
والمعنى اما اللفظ فقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
فانكحوا ما طاب لكم من النسا والمعنى هو ان كل اجنبيه
ليست بمحرم فهي على الحل وهذا الرجل في حقها من اهل
الحل فيتمسك بهذا الاصل الا ان يدعي الخصم وجود
مانع فنطالب بتحقيقه ومتى لم يسلك المعلل الشافعي
هذا الطريق اشتغل بان نفى النكاح في حق الاخت

الاخت البائنة افضى به الى الانقطاع لانه اذا قال
المحرم هو النكاح والنكاح قد زال قال له الخصم هب
ان النكاح قد زال لم قلتم ان لا محرم سواه ولم لا يجوز
ان يكون ثم سبب اخر يخلف النكاح ويحرم وكلما
ذكر شيئا قد زال يقول الخصم لا يجوز ان يكون ثم اخلف
اخر فلا يمكنه الاستدلال ببطلان الطرق نوع سى في الاصول
ان حاصله يرجع الى الاستدلال بنفي العلة على نفي الحكم
وذلك باطل الا في صورة يقع الاتفاق على ان العلة علة الحكم
واحدة فيكون الحكم حينئذ مختصا بتلك العلة لا غير فاذا
زالت العلة زال حكمها ضرورة اما اذا جاز ان يكون
هناك علة اخرى لذلك الحكم فكيف يستدل بنفي علة
من العلل على نفي الحكم مطلقا ومثال ذلك قول القائل
لم يغصب فلا يجب عليه الضمان فيقال له هذا باطل
لانه يجوز ان يكون الضمان واجبا بسبب اخر غير الغصب
بل لو قال لم يغصب فلا يجب عليه ضمان الغصب كان

ذلك صحيحا لان علة ضمان الغصب هو الغصب دل
ان الاعتماد على الطريقة التي ذكرناها وان الاصل في حقها
الكل الى ان يوجد مانع مسألة الزنا لا يوجب
حرمة المصاهرة عندنا خلافا لهم وصورة المسألة ان يزني بامرأة
فلا يحرم عليه عندنا ان يتزوج بامها او ابنتها وكذا لا يحرم
على الموطوءة اصول الواطئ وفروعه وعنده يحرم وللمسألة ماخذان
احدهما اختلاف الفريقين في مسمى النكاح في قوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الا ما قد سلف فابو حنيفة
حمله على الوطء وقال النكاح في اللغة عبارة عن الوطي
فيجب ان يحمل على موضوعه الى ان يوجد الدليل المغير لان الكلام
بحقيقته الى ان يقوم دليل المجاز قالوا وقد ورد في الشرع
بمعنى الوطء قال الله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وحيث
ورد في الشرع بمعنى العقد فلاجل انه سبب للوطء فعبر
بالسبب عن المسبب والشافعي يقول معناه العقد لانه لم
يرد في الشرع مطلقا الا واريد به العقد قال صلى الله عليه

لا نكاح الا بولي وشهود ويقال حضرنا نكاح فلان وانما
يراد العقد فاذا اطلق من الشرع وجب صرفه الى المعهود
الشرعي حمل في بعض المواضع على غير الدليل العقد فدليل
اما قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وانما حمل على الوطي
بدليل خبر رفاعه فانه قال صلى الله عليه وسلم
اتريدين ان ترجعي الى رفاعه لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق
عسيلتك وصار لفظ الصلوه فانها عند الاطلاق تنصرف
الى المعهود الشرعي وهو الافعال المخصوصة فان جاز ان
يحمل في بعض المواضع على الدعا كما في قوله تعالى ان الله
وملايكته يصلون على النبي وروي ان النبي صلى الله عليه
صلى على ال ابي اوفى اي دعا انا لا نسلم ان لفظ النكاح
مجاز في العقد فان العرب كانت تستعمله في الوطي والعقد
بدليل ان النكح والنكح لغتان كانت العرب تزوج بها
وكان يقال للام خارجه عند الخطبة خطب فيقول
نكح حتى قالوا اسرع من نكاح ام خارجه وقال الشاعر

لصاصلة الحكم مراس طرف اجب لي ان نكحني
اي تزوجني في الماخذ الثاني وهو الماخذ الفقهي ان تحريم
المصاهره عندنا ثبت تبعا للتحريم من حيث ان النكاح
يفضي الى اشباك البيوت وتداخل العشاير وولوج بعضهم
على بعض وذلك ان الرجل اذا تزوج امراه وضرب عليها الحجاب
ووكل بها اقاربها النفس دعت الحاجه الى دخولها واتيانها
عليها فان قلنا لا يدخلون ادى الى حرج وضيق وكربا في
الوصله المطلوبه بالنكاح واذا اعتادوا رفع الاحتجاب
رفع الشرع من بينهم رفع الحجاب واثبت جواز النظر
تيسيرا وتسهيلا عليهم وبعد ان جوزوا النظر لو بقي طمع
البعض لادى الى الوقوع في المحذور والنفس امارة
بالسوء ولا يومن خيانات البصر وخطاب الفكر فنزع
الشارع الشهوه عن قلوب الرجال والنسوان باثبات الحرمه
المؤبده فان من علم انه لا سبيل له الى الوصول اليها انقطع طمعه
بالكلية عن الحرام فاثبت الشرع تحريم المصاهره تبعا للتحريمه

فقال له النظر إليها مع وطء طمعك عن نكاحها فإنها أمك
وبنتها بنتك فصاروا في الحقيقة كذوات محارمه ينظر إليهن
ولا يطمع في نكاحهن لأن للقضايا الشرعية وقع في نفوس
المتدينين وهذا المعنى معدوم في الزنا أعني حاجة التزاوج
والدخول فانتفت المحرمية وتحريم المصاهرة التي من توابعها
وأبو حنيفة علل تحريم المصاهرة في الوطء المباح بالبعضية
الحاصلة من الزوجين بواسطة الولد الذي يحصل الحق
من مائهما فإن الولد بعض لكل واحد منهما فهما أصلا
فرع واحد والوطء يفضي إلى البعضية قطعا وذلك
لا يختلف بالحلال والحرام فثبوته في الزنا كثبوته في الوطء
الحلال والولد دليل هذه البعضية قول عمر رضي الله عنه
حين سئل عن بيع أمهات الأولاد بعد أن اختلطت
لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن
وشبهوا هذا بالرضاع المحرم وهو إذا غصب لبن
امرأة وأوجر صبي فإن المعتبر فيه وصول اللبن إلى الجوف

دون صفة الفعل وإلى هذا أشار محمد بن الحسن
بقوله وطء وطء فإن يفترقان قالوا فيدل على تحريم المصاهرة
في وطء الشبهة وملك اليمين مع انتفاء العقد والجواب
نقول دعوى البعضية لا وجه لها فإنا لا نسلم أولا
أن بين الوالد والولد بعضية بل هي فضلة مستحيلة
انفصلت عنه كسائر الفضلات أجرى الله سنته
بخلق الولد منها وإن سلمت بين الولد فلا يمكن دعواها
من الأبوين وهما شخصان مستقلان وليس يلزم من كون
الولد جزء كل واحد منهما أن يكون كل واحد منهما جزء الآخر
كما لو قطعنا غصنين من شجرتين واتخذنا منهما بابا فإن الجزئية
بين الغصن وشجرته ولا جزئية بين الشجرتين ثم الذي يقطع
دابر هذا الكلام أن البعضية المحرمة في حق أم الموطوءة
وابنتها إذا كانت مستفادة من الموطوءة ومتعدية إليهما
بواسطتها وجب أن يكون محرمة في حقها أولا ثم
تتعدى التحريم إلى أصولها وفروعها فأما إذا لم يؤثر في

في غير محلها واما الرضاع فالتحريم فيه مستفاد من النص
ولا نبين محلا لا يحرم دالبضعيه عندنا ثم دليل انتفا البضعيه
طلقا انتفا النسب فانه عباره عن حقيقه البضعيه
طلقا انتفا النسب فانه عباره عن حقيقه البضعيه ولما
ثبوت تحريم المصاهره في وطي الشبهه وملك اليمين فممنوع
على وجه للشيخ ابي اسحق الاسفرايني فانه قال لا يحرم
المصاهره الا في الوطي المباح في صلب النكاح دالتحليل
والتحصين وعلى التسليم سوال بما اثبتنا تحريم المصاهره
في تلك المواضع بدليل اخر لا يحمله الابه على انا نعارض
ذلك بما يبطل اصل ماخذكم وذلك ان ابا حنيفه
نص على ان الرجل اذا لمس امراه بشهوه او نظر الى فرجها
بشهوه حرم عليه امها وابنتها مع انتفا الوطي المحرم
عندكم فبطل التعليل بالبعضيه فان قالوا اللمس بشهوه والنظر
داعيه الى الجماع قلنا باطل فان سبب هذا حقيقه الوطي
وما وجد **مسلة** اذا زنى بامراه فاتت ببنت
لم يحرم عليه التزويج بها وقال ابو حنيفه رحمه
الله

نكاح المولود من الزنا حرام واعلم ان هذه المسله فرع المسله
المتقدمه فان ماخذها ادان الحرمه على البضعيه الحقيقه عند هم
بناء على انها مخلوقه من مايه وماو جزو فقالوا تحريم هذه البنت
تحريم مصاهره لانها بنت موطوته لانها بنته ووضع الخلاف
مع ابي حنيفه في هذه المسله على هذا الوضع اعني في السه
واثباتها من الحاملين بين جهل بحقيقه المسله وقد استدلوا
على اقتضا البضعيه التحريم بمسلتين احداهما ثبوت التحريم
من جانب الام في الزنا الثاني تحريم المنفيه باللعان مع ان الزوج
وطيها بالكليه قالوا ووجه مناسبه البضعيه التحريم
ان النكاح فيه ارقاق واذلال للانسان نفسه وبعضه حتى
لو استرق امه واباه وابنه وهم كفار لم يرقوا ولو اشتراهم
عتقوا عليه والشافعي بنا مذهبه على ان قيام دليل الحل في
حقها وهو عمومات الكتاب والاخبار كلها وانتفا المانع المحر م
وهو النسب الشرعي فان لا يثبت اليه فلا يحرم عليه نكاحها
كالاجانب ودليل انتفا النسبه انتفا اثارها من الميراث

والنفقه وولايه الحضانه والتزويج والحرمان في الوصيه
فيما اذا اوصى لبنات فلان وما ذكروه من دعوى البعضيه
في حق الاب فقد ابطلناه في المسله السالفه والذي
يريد هنا ان نقول تريدون بالبعضيه حكم الشرع او حقيقة
فعليه ان اردتم حكما شرعيا فقد بينا انتفا الاحكام كلها
وان اردتم البعضيه الحقيقيه فباطل لان الولد ليس هو
بعض الوالد حقيقه وانما يتحقق حقيقه البعضيه فيما كان
متصلا بالانسان اتصال خلقه كاعضائه وهذه الحقيقه
غير موجوده هاهنا فان قالوا هو مولود منه قلنا متولد
من فضله منه تعقد فيها الطبيعه فلو جاز ان يقال ما تولد من
هذه الفضله بعضه لجاز ان يقال كل حيوان تولد من فضلاته
بعضه فان قالوا الدليل على وجود البعضيه ان الولد ينزع
الى الوالد خلقا وخلقا وصوره وهذا يدل على انه بعضه
قلنا قد يشبهه وقد لا يشبهه فليس هذا بامر مطرد وانما
الشبه امر يخلقه الله ابتدا رحمة منه على العباد لتحصيل

التحنن والشفقه على الاولاد بحث الثاني
سلمنا ان بينهم بعضيه لكن لم قلتم البعضيه محرمه قولهم
ان الشرع حرم على الانسان ان يستمتع ببعضه قلنا ولم يحرم
عليه ذلك واي منافيه في البعضيه تقتضي التحريم فان قالوا
كما قلنا في المنسوبه اليه قلنا المحرم هناك حكم الشرع لا حقيقه
البعضيه واما ثبوت الحرمه من جانب الام فاعتبار ثبوت
نسبها من الام وذلك مشكل علينا وعليهم لانه سبب الارث
والنفقه وساير الاحكام مع قيام الزنا والاخذ العدوان
مناط النسب البعضيه المحسوسه والنسبه الى نسب
شرعي وهي من جانب الام محسوسه فان النطفه تنفصل
من الاب وهي فضله وليست بانسان وينفصل الولد من
الام انسانا وكذلك يتبع الام في الحريه والرق ولا يتبع الاب
فالمعتبر من جانب الاب الفراش ومن جانب الام الانفصال
المحسوس اما المنفيه باللعان فلا نسلم انها تحرم فان سلمنا
فلوجود شبهه الانتساب وكذا لو استلحقه لحقه وفي مسلتنا

لو استلحقه لا يلحقه فافترقا **مسألة** الاب اذا وطي
جارية ابنه فاحبلها وجب عليه المهر والقيمة قال ابو حنيفة
يلزمه القيمة دون المهر وتفصيل المذهب انه اذا وطي ولم
يحبل وجب المهر ولا يلزمه القيمة بحال لان ملك الابن قايم
ولم يعص عينها ولا قيمتها وتحريمها على الاب لا يوجب ضمان قيمتها
كما لو كان له امة صغيرة فارضعتها امرأته فاما اذا احبلها فانه يجب
عليه المهر والقيمة عندنا وعندهم لا يجب الا القيمة والمهر
يندرج وما عقدونا في وطي حلال اثنين اذا وطي الجارية
المشتركة احبلها فانه يجب عليه نصف المهر ونصف القيمة
وللمسئلة ماخذان احدهما قولهم ان ضمان الجزء داخل في
ضمان الكل ويندرج في ضمان الكل والفايت بالوطي جزء
من المضمون بالقيمة وضمان الجزء يندرج في ضمان الكل كما لو قطع
يده فسري الى نفسه فان ضمان اليد يندرج في ضمان النفس
وزعموا ان الوطي والانزال في حكم الشي الواحد فان الانزال
سراية الوطي في محله فينزل منزلة السراية للجرح وهذا الماخذ

بنوه على فاسد معتقدهم ان منفعة البضع تجري مجرى الاجزا
والاعيان وقد دللنا على فساد هذا الاصل في مواضع وبينا
ان المستوفي منفعة لا جزء وانما تجب القيمة في مقابلة الملك
المنتقل بالاستيلاد والمهر في مقابلة استيفا منفعة البضع وكيف
يستقيم القياس لو قطع يد عبد ثم جز رقبته لم يجب الا
دية واحدة ولو وطيها ثم قتلها يجب المهر والقيمة وما قالوه من
ان الوطي والانزال في حكم شي واحد ممنوع بل هما فعلان لو
اوجب المهر مقابلة الانزال الذي جعل له وقام به والا لما
اوجب القيمة في مقابلة ملك الغير وقد ينفصل احدهما
عن الاخر فانه قد يطا ويمسك ويطاوين الى الاعلاق
من الانزال لا من نفس الوطي الماخذ الثاني اختلاف الفريقين
في وقت انتقال الملك في الجارية الموطوءة الى الاب بعد الاتفاق
على اصل الانتقال فعندنا ينتقل الملك منها الى الاب حالة
العلوق اعني حالة انفصال النطفة وهو اخر جزء من الوطي
وعندهم ينتقل من اول زمان الوطي فرتبوا هذا بان قالوا

وقع الاتفاق على ان حصول الاستيلاد وكون الولد ينعقد حرًّا
لا ولا عليه ولما كان الاجماع حاصلاً على هذا الحكم لم يكن بد من
تقدير نقل الملك لينعقد الولد في ملكه فيكون حرًّا اذ لو لم يقدر
الانتقال حالة وطي الاب لزم ان يكون وطي الاب حراما لانها
فان الجارية ملك الابن من كل وجه لا حق للاب فيها وولد الزنا
لا نسب له وملك الانسان كما يزول بسبب مباشرته لجواز
فقد يزول دونه كالمضطر يملك مال الغير دون اذنه والشفيع
يملك فان المشتري بدون رضاه وكذا يزال ملك الوالد عن
نفقة ولده اذا امتنع وما نحن فيه من هذا القبيل قالوا واذا
كان لا بد من تقديم الملك على العلوق في اخر جزء من الوطي
وجب ان يكون الملك متقدما على الوطي ايضا لان اول الوطي
كاخره واخره كاوله وهو حطه واحده وان تعددت حركاته
وتعلق عليها حكم واحد قالوا وصار هذا بمنزلة الرضاع لما
كان التحريم متعلق بخمس رضعات ولم يتعلق بما دونها
عند الشافعي اذا اجتمعت خمس رضعات كان التحريم متعلقا

بالجميع وصار مجموع الرضعات هو المحرم وجعل الجميع في حكم
حطه واحده واذا ثبت هذا فيكون وطي الاب حينئذ ملاقيا
ملك نفسه فيمتنع وجوب المهر عليه الجواب
نقل ملك لا بد من تقدير نقل الملك الى الاب لانعقاد
الولد حرا غير ان هذا الحكم يثبت بطريق الضرورة فينبغي ان
يتقدر بقدر الضرورة وذلك حاصل بتقديم الملك على
العلوق فلا حاجة الى تقديمه على الوطي قولهم ان الوطي حطه
واحده واوله واخره سوى احد باطل فانه قد ينفصل اوله
عن اخره واخره عن اوله اذ قد يكون اوله شبهة ثم يصير
اخره حلالا بان يهدي له امه بشبهه ثم انه يشتريها او كله
وهي في اثنا الوطي فقد يكون اوله حلالا واخره حراما بان يقول
ان وطئتك فانت طالق ثلاثا فانه اذا ابتدأ الوطي طلقت
ويصير اخر وطيه حراما واذا كان اخر الوطي ينفصل عن
اوله واوله عن اخره بطل ان يقال هو حطه واحده وهذا
ظاهر لا مرا فيه مسئلة لا يجوز للحر نكاح الامة

الا بشرطين احدهما انه لا يملك صداق حرة والثاني ان يخشى العنت وهو ان يخاف ان لم يتزوجها دعته نفسه الى الزنا وقال ابو حنيفة ان كان تحته حرة حرم عليه نكاح الامة وان لم يكن تحته حرة لم يحرم عليه ومأخذ النظر تعارض الاصلين من الجانبين فالاصل عند الشافعي في نكاح الاماء التحريم وللحر الحر ثبتت رخصته في حق العاجز عن صداق الحرة عند خوف العنت فمتى فات احد الشرطين بقي على اصل الامتناع وتقرير هذا المأخذ من وجهين احدهما ان نكاح الامة شرع بدلا عن نكاح الحرة عند خوف العنت بدليل قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم فانها صيغة مشعرة بالبدلية كما في قوله تعالى في اية الكفارة فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا اي لمن لم يقدر على الرقبة مطلقا واذا كان العجز عن الاول شرطا في المصير اليه امتنع المصير اليه مع انتفاء العجز تحقيقا لمعنى البدلية الثاني ان الانسانية تنافي ملك

اليمين وملك النكاح جميعا اذ قال عليه السلام النكاح رق غير ان الناظر الحكيم باثبات الشهوات في الجبلات اوجب شوق الاناث الى الذكور والذكور الى الاناث فدعت الحاجة الى تحصيل المقصود كفا للطائفتين عن الوقوع في المحذورات فالحصر ملك النكاح طريقا في حق الحراير التزاما للمحذور والاولى ولكن الاضرار بقدر الضرورة لمعنى التوالد والتناسل وصونا للاولاد والانساب عن الضياع وهذا المعنى هو الذي يقتضي ان لا يشرع نكاح الاماء لما فيه من تعريض الولد للارقاق الذي هو لهذا الحكم ولذلك يتخير الامام في اسارى الكفار بين القتل والاسترقاق غير انه رخص فيه عند تعذر الوصول الى الحراير لخوف العنت وعند طول الحرة معاقبة من محذور ارقاق الولد وبدل الابد فاذا فقد المبيح الرخص وجب ان يعود الامر الى ما كان واصله ما اذا كان تحته حرة وقال ابو حنيفة الاصل حل نكاح الاماء فان امتنع في صورة كان لعارض دليل واستدل على ذلك بامرين احدهما ان الفرض

الداله على شرعيه النكاح كقوله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النسا وقوله تعالى واحل لكم ما ورا ذلكم
لم تفرق بين نكاح الحراير والاما الايه فلا نسلم انها
تدل على البدليه فان مقتضاها وجود الحكم عند الشرط
لها انتفاه عند انتفا الشرط فليس فيها ما يدل عليه وتدل
على بطلان البدليه ما نكح حره على امه فانه يصح ولا
يبطل نكاح الامه ولو كان نكاح الامه بدلا عن نكاحها
لما تصور اجتماعهما كما في صوره المبدل قال لو ا وقولكم انه
مرق للولد باطل فان عقد النكاح ليس سببا لارقاق
الولد بل النكاح سبب للانزال الما في الرحم وهي
فضله مهينه لا توصف بالرق والحريه لكونها جمادا
والرق انما يثبت من الحمل الامن وضعه الما ولهذا لو
اخذت ما الرجل فحملت منه انعقد الولد رقيقا واذا كان
كذلك فلا يجوز اضافه الارقاق اليه بل الولد ينعقد
رقيقا بسبب رق الام وكذلك يتبعها في الرق والحريه

ولا مناسبة بين العامه والحكم والجواب نقول
قد بينا ان نكاح الامه شرع بدلا عن نكاح الحره على ما
سبق واما التمسك بالايات فلا يصح فانها وردت
في نكاح الحراير خاصه بدليل انه عطف عليهن الاما
بقوله ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات
والمعطوف لا بد ان يغاير المعطوف عليه فدل ان المعطوف
عليه في الحراير خاصه قولهم ان الايه دلت على وجود الحكم عند
وجود الشرط اما انتفا الجواز عند انتفا الشرط فمسكوت عنه
قلنا الشرط اذا علق الحكم عليه فالظاهر انه ناطه به فيوجد
عند وجوده ويعدم عند عدمه والا فلغوا ذكر الشرط
قولهم ان الولد انما يرق برق الام لا بعقد النكاح قلنا مسلم
لكن نعني اضافه الارقاق اليه افتدا على ان لا يعرضه بان يرد
نطفته في رحم حره فيعقد حرا فلما اختار وضعها في هذا المحل
نسبنا الفعل اليه قال صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم المحل
الاختيار الثاني وضع الما في محل شريف مسله لا يجوز

للحر المسلم نكاح الامة والكتابية عندنا خلافا لهم ومأخذ
النظر ما أسلفناه في المسألة السالفة من ان الاصل تحريم
نكاح الاما وانما جوزه الشرع رخصة بشروط عند الحاجة
والضرورة فقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح
المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات
الى ان قال ذلك لمن خشي العنت منكم وان تصبروا خير لكم
فكل هذه التقييدات والندب الى الترك وتفخيم الامر
في ذلك دليل على ما ذكرناه والذي نريده هاهنا ان المقصود
من النكاح اما ان التناسل والتواصل وكلاهما مختلان في
حق الامة اما التناسل فمختل لان الولد ينعقد رقيقا والرقيق
على الحقيقة كالمعدوم لانه منقطع عن الاب في الاحكام
كلها لا ينفق عليه ولا يربيه ولا يتولاه وربما قطع عنه فلا يراه
فهو في حق نسله موجود ومن حق الاب مفقود فان الولد
من الامة كالضائع في حقه واما المقصود الثاني من النكاح فهو الوصلة
والازدواج والسكن والامتزاج وقضاء الوطر فمختل ايضا

في حق الامة وذلك لانها لا تسكن الى زوجها الا بعد
الفراغ من خدمة سيدها والسيد مسلط على المسافرة
بها سفرا وعرفا فيبقى هذا الزوج ابدا ينتهز الفرص ويجرع الغصص
في الاستمتاع بها في اوقات مختلسة واذا ثبت ان الاصل
عدم النكاح في حقهن فالجواز ان كان رخصة والرخص تتبع
فيها موارد النص وقد قال عز من قائل من فتياتكم المؤمنات
فترك من العموم الى التقييد بالشروط فيجب ان يتبع فيه الشرع
ولا يلغى فان قالوا ذكر الايمان وشرطه ارشاد الى الاصوب
والاصلح الانجح لنا وذلك مقتضاه الاستحباب لا الايجاب
كما قال في اخر الاية محصنات غير مسافحات ثم يجوز نكاح غير
المحصنة قلنا هذا تأويل يحتاج ان يعضده دليل وقد بينا
ان الاصل لا يجوز نكاحها فينتهض الظاهر نصا لاعتضاده
بالاصل وابو حنيفة يدعي ان الاصل حل نكاح الاماء والحرائر ثم
ثبت لنا ان الامة الكتابية يستباح وطؤها بملك اليمين فجاز
ان يستباح بعقد النكاح وقد واهذا بان قالوا لا يخلو اما ان تقولوا

هذه الامه محل للحل وليست محلاً للحل ان قلتم ليست محلاً للحل فباطل لانها لو لم يكن محلاً للحل لما حل وطيها لما اشترطها بملك اليمين كالوثنيه والمجوسيه وان قلتم هي محل الحل فاذا كانت هي محل الحل والنكاح سبب الحل فقد انضاف سبب الحل فقد انضاف سبب الحل الى محل الحل فما المانع من ذلك شرعاً وقد اضاف الى سبب الشي الى محله وقرروا هذا بان الملك بالنكاح اقوى من الحل بملك اليمين بدليل انه لو اجتمع الحل بملك اليمين والحل بملك النكاح قدمنا الحل بملك النكاح لقوته كما لو اشترى امه ووطيها ثم تزوج اختها فانه يحل المنكوحه ويحرم المملوكه واذا كان الحل بالنكاح اقوى من الحل بملك اليمين ثم كانت هذه الامه محلاً لاضعف الحلين فلان تكون محلا لاقواهما كان بطريق الاولى **والجواب** عن هذا ان نقول ما ذكرناه من دليل تحريم نكاح الاما ينعكس في الوطي بملك اليمين وذاك انا قلنا نكاح الامه على خلاف نكاح قياس الانكحه بدليل انه خالفه في مقصوده الذي اراد النكاح

لاجلها اما الوطي بملك اليمين فما خالف قياس جنسه ولا زايل وضع اصله بل هو جار على منهاجه منطبق على اصله والذي يدل على الفرق بينهما ان الاصل في النكاح هو نكاح الحره و الحره ينعقد النكاح عليها لتصير مسلوبه المنفعه لاحظ لها في منافع بدنها بعد ان كانت مالكه لها حتى لو ارادت ان تؤجر نفسها لطحن او غيره لم يكن لها ذلك بغير اذن زوجها وله منعها من الخروج والبروز والزياده والعياده وكل ذلك معدوم في حق الامه فان منافعها للسيد فها يستخدمها ويبيعها ويكريها وليس للزوج منعه من ذلك فدل ان نكاحها مع رخصه وضروره فيجب ان يتبع مورد الشرع في ذلك **مسئله** الامه اذا اعتقت تحت حر لا خيار لها وقال ابو حنيفه يثبت لها الخيار على العبد في اصح القولين وهي القول الثاني على الراجح ومأخذ النظر تنقيح مناط الحكم في محل النص وهو عتق بريره فانها عتقت تحت عبد يقال له مغيث فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فتمسك الشافعي ان ثبوت فسخ النكاح تحت العبد هناك

عليه اضرار نشا من نقص الزوج من حيث ان تقتضيه الرق لها
مزيه على سائر النقائص وهي عار وشينه فلها اثر من في اختلاف
مقاصد النكاح فان الولد المقصود بالنكاح وولد الرقيق
كالمفقود بالنكاح فانه لا ينفق عليه ولا يربيه ولا يعصبه ولا
يرثه فهو منقطع عنه بالكليه وهذا ضرر عظيم لا تحمله الحره
فان اولادها يكونوا كالسبا ثم هو ضرر في حقها ايضا فانه لا
ينهض بحقوقها ولا يبحي بيتها وهو مشغول عن مراعاتها
بخدمه السيد وهذا نقص لا يوازيه نقص على خلاف نقص
النسب والفسق والفقر واذا ثبت ان نقيصه الرق لها
من التاثير والوقع ما يصلح ان تكون مناطا لهذا الحكم وكيف
يلحق موضعا لا تقتضيه فيه اصلا لا يحل فيه نقيضه فبعد هذا
تبين انقطاع الفرع عن موضع الوفاق وان التعليل فيه يخصه
فلا يتعداه وقد جمع الشافعي هذا في كلمه وجيزه فقال ما
تحت كامل فلا خيار لها كالكتابيه اذا اسلمت تحت مسلم وقال
ابو حنيفه رحمه الله الخيار في موضع الوفاق انما ثبت بملك

به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله لبريره ملكت نفسك
فاختاري قالوا وهذا ايما الى التعليل وتعليل الرسول عظيم
الموقع عند ذوي التحصيل فلا سبيل الى اطراحه وهذا المعنى يقتضي
ثبوت الخيار لها سوا كان الزوج حرا او عبدا ونحن نقول هذا
باطل من وجوه احدها ان قوله ملكت نفسك فاختاري
زياده في الحديث لم يثبت بل هو موقوفه على الاسود والمنقول
في الصحاح ما رواه القسم بن محمد بن ابي بكر وعروه عن عايشه
رضي الله عنها انها قالت اعتقت بريره وكان زوجها عبدا
فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حرا لما خيرها
والمصير الى هذا الروايه اولى لان القسم ابن اخيها وعروه
ابن اختها وهما من المختصين بها واعرف بقصتها فكانت هذه
الروايه مقدمه على روايه الاسود الثاني ان ذلك لو صح
فليس بتعليل ولا الفاظ التعليل انما معناه ملكت الخيار
فاختاري فهو تعبير عن الحكم لا عن العله وينبغي ان تفرق
بين التعبير عن التعليل وبين التعبير عن الحكم الثالث ان قولكم

ملكت نفسها لفظة لا حقيقة لها وانما يستعمل على سبيل
المجاز لان الشخص لا يملك نفسه باجزائه وانما يزول عنه حق
الغير واحكامه فعلى الحقيقة ليس هو الا انقطاع حق الا ان
حقيقة الملك لا تتصور لانه لو ملك نفسه لاحتاج ان
يكون ثم مالك ولا مالك الا هو فيصير هو المالك وهو
المملوك وذلك متناقض فيثبت ان قول القائل ملكت نفسها
نفسها تجوز لا حقيقة له فما هو الا بمثابة فلو زوج ابنته وهي
صغيرة ثم بلغت فانها قد صارت مستقلة كاملة متصرفة
في امورها على اختيارها فلا خيار لها بعد ذلك مسئلة
النكاح يفسخ بالعيوب السبعة عندنا وهي الجب والعنة
والرتق والقرن والجنون والجذام والبرص خلافا لابي حنيفة
رحمه الله فانه قال لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب اصلا
وليس خيار الفسخ عند الشافعي محصورا في هذه العيوب
السبعة وانما ذكرت مثلا حتى لو وجدنا عيبا
يضاهيها او مجموع عيوب يساوي احدها في القدح

من مقصود النكاح علقنا الخيار عليه وماخذ النظر ان النكاح
عندنا قابل للفسخ عند وجود سببه بدليل انفساخه
بالردة قبل المسيس وبعده واسلام احد الزوجين الوثنيين او
المجوسيين وخيار العتق وخيار البلوغ عندهم وخيار عدم
الكفاءة وانفساخه بالرضاع الطاري والسر فيه ان النكاح
له مقصود اصلي يراد لاجله كما ان لكل عقد مقصودا يراد
لاجله فاذا وجدنا عيبا يؤثر في مقصوده الاصلي ويقدح فيه
اثبتنا فيه الخيار كما في سائر العقود وزعمت الحنفية
ان النكاح غير قابل للفسخ بدليل الحقيقة والحكم اما الحقيقة
فهو الفسخ عبارة عن تصرف يوجب رد العوضين بدليل ان ثم
ان رد العوضين يحصل عقيبه في مواقع الاجماع والاتحاد
سواه والنكاح ليس نقلا من الجانبين بل هو اثبات حكم جديد
لم يكن قبل النكاح اذ المراة لا تملك من نفسها ما ملك الزوج
منها ولا يعقل فيه رد العوضين اما الحكم فاحكام ثلثة
احدها انه لا يقبل الاقالة والاقالة تستعقب رد العوض

كما ان الفسخ حل للعقد يستعقب برداد العوضين الثاني انه لا يحتمل
شرط الخيار ولو كان قابلا للفسخ لصح شرط الخيار فيه كما في
البيع الثالث انه لو قال لزوجته اختاري فقال اخترت
نفسي كان الواقع به طلاقا ولو قبل النكاح للفسخ لكان فسخا
كما لو قال احد المتبايعين لصاحبه اختر فقال اخترت
فانه يكون فسخا بالاتفاق قالوا ولا يلزمنا على هذا الجب والعنه
فان التفريق الثابت بهما تفريق طلاق والثابت للزوجه
عندنا ان ترفع الامر الى القاضي فيقول له طلق فان طلق والا
طلق عليه القاضي كما في حق المولي الجواب قولهم ان
الفسخ يراد لعوضين قلنا ممنوع بل حقيقة الفسخ نقض العقد
المنعقد ثم ان كان العقد عقد معاوضه فمن ضرورة انتقاضه
برداد الملك في العوضين وان لم يكن عقد معاوضه اقتصر
حكم الفسخ واثره على ارتداد الامر الى ما كان قبل الانعقاد
وهو مطابق للاشعار اللغوي فانه في اللغة عبارة عن النقض
قولهم ان النكاح لا يقبل الاقاله قلنا النكاح وان لم يكن
قابلا

قابلا للاقاله بصورتها فهو قابل لها باعتبار معناها وهو الخلع
فان الخلع عندنا بمنزلة الاقاله ولهذا لا ينقص عدد الطلاق واما
امتناع خيار الشرط في النكاح فللاستغناء عنه لانه لا يجري هذا
في طرد العادات الا بعد معاودات ومراسلات لتعين عن الفكر
والتامل واما قولها اخترت انما جعل طلاقا لانه لفظ غير
مصرح به لا بفسخ ولا طلاق وهو يحتملهما جميعا واعتبار
الطلاق اظهر لهما فرجح بذلك

مسايل الصداق

مسله مفوضة البضع لا تستحق المهر الا بالعقد ولا بالموت عندنا
على القول المنصور في الخلاف والقول الثاني وهو مذهب ابي حنيفه
انها تستحق بالعقد وبالموت ايضا واجمع المسلمون على انها اذا طلقت
قبل الدخول لا تستحق المهر وقال ابو حنيفه تستحق مهر المثل ولكنه
لا يتشطر بالطلاق قبل الدخول وهذا اصل مطرد عنده ان
كل موضع يجب مهر المثل لا يتشطر بالطلاق قبل الدخول بعد
حتى لو سمى لها خمرا او خنزيرا وجب مهر المثل ولا يتشطر بالطلاق
ووقع الاتفاق ايضا على ان المهر يجب بالدخول الى جانب القاضي

حسين من اصحابنا فقال لا يجوز ان يكون هذا اجماعا بل الشافعي
قول ان المهر لا يجب بالدخول تحريجًا من مسئلة نص عليها وذلك
وذلك انه قال لو اذن الراهن للمرتهن في وطي الجاريه المرهونه
فان كان عالمًا بالتحريم وجب عليه الحد ولا مهر وان كان جاهلا
بالتحريم سقط الحد لجهله وفي وجوب المهر قولان قال
ومسئلتنا كهذه المسئله من غير فصل فان الراهن هو المستحق
للمهر وقد اذن في الوطي وسقط المهر في احد القولين وكذلك
المفوضه قد اذنت ورضيت والمهر حقها فيجب ايضًا
ان يسقط ومما خذ النظر ان الصداق عندنا يمحض حقًا
للمراه ثبوتًا واستيفا بدليل امرين احدهما استقلالها
بالاستيفا والابرا والثاني صرفه اليها خاصه ولو كان حقًا لله
تعالى لصرف الى مصارف حقوق الله وقال ابو حنيفه
رحمه الله الصداق حق لله تعالى ابتدا وربما قالوا الوجوب
لله تعالى الواجب لها وذلك لما يتعلق بالنكاح
من حق الشرع بطريق استيفا الجنس وانتظام امر العالم

وانما امر بصرفه الى المراه حيث كانت الاولى الناس
به وكان الوجوب لله تعالى والمراه مصرفه كالزكوه وحيث
حقها لله والفقير مصرفها والغنايم لله والغانمون مصرفها
وانما استقلت باستيفايه واسقاطه بطريق الانتقال
اليها من المستحق بالاتكون بالثبوت لها ابتدا ويدل
على وجوبه حقا لله تعالى احكام ثلثه احدها انه لو اتفق
الزوجان على اسقاطه لا يسقط الثاني ان الاب اذا زوج
ابنته الصغيره بلا مهر وجب مهر المثل والثالث
انه لو سكت المتعاقدان عن ذكره واطلقا العقد وجب
ولو لم يكن ملازمًا للعقد شرعًا لما وجب ونحن نقول دعوى
الوجوب لله باطل لما ذكرناه من الوجهين قولهم انه يجب
لله ثم ينتقل اليها قلنا الاصل اختصاص الوجوب بمن يختص بها بل
الوجوب ثم لو كان حقًا لله تعالى لصرف فيه ما يا امه لما
صرف الى شخص معين على قياس ساير حقوق الله تعالى وقولهم
لو اتفق الزوجان على اسقاطه لم يسقط قلنا لا نسلم قلنا عندنا

لو قالت المفوضة قبل الوطي رضيت بان لا مهر لي ووطي
لم يجب المهر على احد الوجهين اما الاب اذا زوج ابنته
الصغيرة بغير مهر فانما وجب لان التفويض لم يصدر ممن
هو مالك المهر واذا سكت المتعاقدان فانما وجب للدلالة
القرينة العرفية على ان المزوج لا يرضى بدون المهر واذا صرحت بالنفي
فقد رجح صريح المقال على قرينة الحال وربما تعلقوا بالحديث
المشهور وهو ما روي ان رجلا سال ابن مسعود رضي الله عنه
عن امراة فوضت بضعها ومات عنها زوجها ولم يسم لها
مهرا فاستمهل السايل شهرا فلما كان بعد شهر قال
للسايل قد اجتهدت براي فان كان صوابا فمن الله ورسوله
وان كان خطا فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريان
لها مهر مثل نسايها لا وكس ولا شطط فقام اليه معقل ابن يسار
فقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في تزويج
بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضايك هذا ففرح عبد
الله بذلك فحمد وشكر الله ونحن نقول هذا لم يثبت

فان الشافعي قال ان صح حديث بروع بنت واشق فالحجة في قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه اختلفت الرواية فروي انه
قام اليه معقل ابن يسار وروي معقل ابن سنان وروي رجل
من اشجع وهذا مما تطرق الى الحديث ضعفا وقد نقل عن علي
وابن عباس وزيد ابن ثابت وعبد الله بن عمر وكثير من اعلام
الصحابة مثل مذهبنا فقالوا لا مهر لها حسبها الميراث وما
نقل فيه من الحديث مطعون فيه قال علي كرم الله وجهه
لا ندع حكما بقول اعرابي بوال على عقبيه ولو وطي فيه بعض ائمة
الحديث لم نعمل به فاذا طعن فيه علي رضي الله عنه لكان اولى
مسئلة الخلوة لا تقرر المهر عندنا في احد القولين
وهو الصحيح المنصور في الخلاف حتى لو طلقها قبل المسيس
لا يجب تسليم كل المهر وقال ابو حنيفة الخلوة اذا كانت
صحيحة تقرر والمعنى بالخلوة الصحيحة العرية عن الموانع الحسية
كالرتق والقرن والشرعية كالصوم والحج والحيض ومأخذ
النظر ان المعقود عليه عندنا منافع البضع وضمان

منافع البضع خاصة انما يتقرر بالاستيفا فاذا لم يوجد
الاستيفا فلا يتقرر وهذا بخلاف منافع الاموال في عقد
الاجارة فان هناك اذا وجد التسليم فقد فات المنافع
بكل حال استوفيت او لم تستوف لانها تفوت بمضي الزمان
ولا يتصور فواتها الا باستيفايها لانها اذا امكنت من نفسها
لا يثبت يد الزوج عليها لكونها تحت يدها وهذا اختلف
اصحابنا في الحرة اذا اجرت نفسها وسلمها ولم يستعمل هل يتقرر
اجرتها ام لا فمنهم من قال لا يتقرر لان منافع الحرة لا يثبت
تحت اليد ومنهم من قال يتقرر اجرته لانه قد حصله عن التسليم
والمراة ما ضدها فان الزوج اذا عجز كان لها الخيار فقال ابو حنيفة
رحمه الله المعقود عليه في النكاح عين المراة نفسها فاذا خلت
نفسها فيتقرر العوض ثم هذا من عقود المعاوضات كالبيع
والاجارة وذلك انه يقول قد ثبت ان التمكين من الاستيفا
قام مقام حقيقة الاستيفا في تقرر العوض في عقود المعاوضات
وتمكينه من القبض تجعل كحقيقة القبض كذلك في النكاح

وجب ان يجعل التمكين من الاستيفا بمنزلة الاستيفا ووجه
الشبه من الباب ان البايع قد ملك الثمن في البيع فينبغي ان
يجعل له الشرع طريقا الى تقرر حقه ولا يجوز ان يقف تقرر حقه
وملكه على فعل غيره واذا سلم ومكن من القبض ففعل الذي عليه
فلم يقف تقرر حقه في الثمن على تسلم المشتري وهذا المعنى بعينه
موجود في مسئلتنا فان المراة قد وجب لها المهر فيجب ان
يجعل لها طريقا الى تقرره وذلك يجب ان يقف على فعلها وقد سلمت
نفسها وبذلت ومكنت واتت بجميع ما في وسعها وطاقتها
فاذا لم يستوف الزوج كان التقصير من قبله فلا يكون ذلك موثرا
في تقرر حقها والى هذا الفقه اشار عمر رضي الله عنه قال ما ذنبهن
اذا جا العجز من قبلكم ... نقول وبيانه ان المعقود
عليه في النكاح منافع البضع دون ذات المراة وما ذكروه من
اعتبار النكاح بالمعاوضات فاسد فان النكاح مشروع على خلاف
قياس المعاوضات فانه فان النكاح مشروع على قياس بدليل ان
المهر يتقرر بوطية واحدة ومعلوم ان السنة وطية وا خلطها وطيات

العمر كشبه سكنى لحظه واحده بالاضافه الى سكنى سنين
وسكنى لحظه لا ينفرد به جميع العوض ثم ملك المستاجر
هناك قد تقرر بالتمكين والتسليم على معنى ان المنافع فاتت
على ملكه وفى منافع البضع لا يملك الا ما استوفيه لا نسلم
كمال التمكين منها فان الموجود هو التمكين من استيفا المقصود
في يوم او بعض يوم والوطى مستحق مقصود في جميع العمر
فان قيل لم الشرع نزل الوطيه الواحده منزله الوطى في
جميع العمر قلنا على خلاف القياس لمعنى يخص الوطى وهو
ان الشرع عظم امره وفخم خطره حتى وجب فيه القتل
فلا يجوز ان يعرى عن واجب فيحق بين امرين ان يعرى
عن المهر وذلك غير ممكن وبين ان نوزع المهر على طيات العمر
وذلك عسر لا يطلع عليه فكمل الشرع المهر بوطيه ولحظه
الدقيقه والخلوه لم يوجد فيها هذا المعنى حتى نقيمها مقام الوطى
مسالة المختلعة لا يلحقها الطلاق عندنا كان
سوا قلنا ان الخلع فسخ او طلاق وسوا طلقها صريحا او كنايه

بعد انقضا العده او قبله وقال ابو حنيفه رحمه الله يلحقها صريح
الطلاق ما دامت في العده واما الكنايه فقسمها قسمين احدهما ما
يتبين بقطع الوصله كقوله انت باين وبته فقال لا يلحقها اذ الجنس
اذ لا وصله بينهما بعد الخلع والثاني ما لا ينبى بقطع الوصله بل هو
مجاز في الطلاق كقوله اعتدي واستبري رحمك فانه قال يلحقها ومأخذ
النظر اختلاف الفريقين في حكم الطلاق وموجبه فحكمه عندنا قطع
قطع النكاح ونعني بقطع النكاح رفع الحل المستفاد بالنكاح لكن
ان يرتفع في الحال فانه يرتفع بعد انقضا العده والمختلعه ليست
محلا للطلاق لزوال الحل المستفاد بالنكاح في حقها فاما ان
دعوانا ان ما الاولى فدليلها امران احدهما الطلاق وهل المستبين
فلانه قاطع للحل من كل وجه ولا حادث سواه الثاني الاحتساب
بالعده بعد الطلاق مع انعقاد الاجماع على العده لا تحتسب
بالعده بها في صلب النكاح حتى لو ابانها فشرعت في العده واعاد
~~نكاحها ثم طلقها في النكاح حتى لو ابانها فشرعت في العده وا~~
الثاني بعد المستبين لزمها استيفا في العده بعد الطلاق

وبما مضى من بقية الله فى صلب النكاح لا نعتد به واما دعوى
الثانية فدليلها امور ثلاثة احدها وجوب الحد على الواطئ فانه
دليل انتفاء الحل من كل وجه الثانى انتفاء خصايص النكاح من
الظهار والايلاء والرجعة والطلاق المرسل فيما اذا قال
نساء طوالق فانه لا يلحق المختلعة وكذا الاحكام مع كونها من
الطلاق وان الخلع مع انه طلاق بعوض انتفاء الخصايص دليل
انتفاء المخصص قطعا فى المعلومات وظنا فى المظنونات الثالث
انه لا يستباح وطئها الا بملك جديد كامل مماثل للاول ولو
كان بقى من الاول بقية لما كان الثانى مثل الاول الا ليه بدليل
الرجعة فان الملك لما كان باقيا فى اكثر الاحكام استباح
وطئها بمجرد الرجعة من غير رضاها ولا شهود وقال ابو
حنيفة رحمه محل الطلاق ما كان قابلا لحكمه لان ارتفاع
حل المحل اعنى حل التزوج بها فعل اى وجد فى حقها حل النكاح
بالنسبة اليه وله عليها ولايه فهى محل لطلاقه واحتجاجه فى ذلك
بان من احلها قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح

معها الطلاق

غير رتب ارتفاع حل المحل على الطلاق ولا يمكن حمله على حل الاستمتاع
فان الحل المضاف لا يشعر الا بامر فى محل الحل اما حل الاستمتاع
فيضاف الى الفعل لا الى المحل وكذا قوله عليه السلام لعن الله المحلل
والمحلل له فانه دل على زوال الحل بالطلقات الثلث حتى كان الزوج
الثانى مثبتا للحل الثانى ان الطلقة الثانية واقعة فى الرجعية ولو
كان الاول قطعا للنكاح لامتنع وقوع الثانية لاستحالة قطع المقطوع
كاستحالة ورود ضعف على محل واحد ورفع على مرفوع واحد
وعند هذا القول الثابت له فى المحل لما ثلثة اعداد من الحل يزول
بكل طلقة واحدة ولها محل واحد مقيد بثلثة قيود والمرتفع
بكل طلقة هو الحل من الوجه الذى يفيد عقدا واحدا فاذا ما رفعت
ثلثا فات الحل بالكلية اعنى حل النكاح فما دام الحل قائما كان
الطلاق مشروعا كما فى الرجعية ... نقول ما
ذكره باطل من وجهين احدها ان الحل الاصلى مستفاد بامر
للحلية ووضع القطع فانها لكونها انثى مشتهية لقبول النكاح والطلاق
تصرف يملك بالنكاح فكيف يرفع المستفاد بالنكاح حلا استنادا

ما اصل الحلفه الثاني انه لو كان المقصود بالطلاق رفع الحل الحل
ينبغي ان تقع الطلاق بعد انقضا العده وعلى الاجنبيه لان حل المحل
قايم والمحليه بالتفسير الذي ذكرتم موجود فيما لهما لا تحلتها
فلين قالوا لابد من ولايه له على الاجنبيه قلنا عندكم لا يشترط
لصحه التصرف ثبوت الولايه على المحل حتى لو طلق الاجنبي زوجه
الغير صح موقوفا على اجازته انما نفوذه يفتقر الى الولايه ونحن لم نتكلم
في الصحه دون النفوذ واما الايه فالمراد بها حل الاستمتاع فان
الحل اذا اضيف الى عين لا يراد به حل الفعل الذي يقصد
من العين ما يقال حلت المراه ويراد به حل وطيها وحل
الثوب اي لبسه وكلام الشارع ينصرف الى ما هو
المتبادر الى الافهام وهذا هو الجواب عن تمسكه وهو ان
ان الرجعيه يلحقها الطلاق ابدا وقطع المقطوع محال قلنا حكم الطلاق
هو القطع والابانه لكن يوجب الابانه في الحال وقد يوجبها
بعد انقضا العده على ما سنبين ان شا الله مسئله
تعليق الطلاق على الملك باطل عندنا عم او خصص وقال

ابو حنيفه رحمه الله يصح ذلك مقيدا بالملك عم او خصص
حتى اذا وجدت الصفه وقع الطلاق وصوره التخصيص
ما اذا قال لامراه بعينها ان نكحتك فانت طالق وصوره التعميم
ما اذا قال كل امراه اتزوجها فهي طالق ولا خلاف في ان التعليق
المطلق لا يصح وصورته ما اذا قال لاجنبيه ان دخلت الدار
فانت طالق وهكذا الخلاف في العتاق وماخذ النظر ان التعليق
عندنا تمهيد لسبب الوقوع واللفظ قبل الملك لا يصلح ان
يكون سببا للوقوع اما الاول فبيانه وجهين الاول ان التعليق
بدخول الدار في صلب النكاح يوجب الوقوع والموجود
هو التعليق والدخول لا يصلح سببا اذ لا مناسبه فيه فتعين
ان يكون السبب هو التعليق الثاني ان شهود التعليق وشهود
الشرط اذا رجعوا كان الضمان على شهود التعليق دون شهود
الشرط دل ان التعليق هو السبب واما الثاني فهو كون التعليق
المطلق قبل الملك لا يصلح سببا للوقوع هو ان الطلاق مولد
شرعي شرع بنا الابتدا فانه شرع لقطع النكاح فكان شرعه

قبله حنثا ويدل عليه التعليق المطلق وهو ما اذا قال
لاجنبية اذا دخلت الدار فانت طالق واجمعوا على انه لا يصح
وانما لم يصح لانتفا الملك والا فهو اهل الايقاع الطلاق
والصيغه مفيده ولم نعدم سوى لولاية على المحل وقال
ابو حنيفه رحمه الله لم يصح هذا التصرف تعليقا فانه ليس صريحا
في الطلاق وانما يصح تسميته تعليقا بمجاز ودلالة كونه
يمينا ان اليمين ينقسم الى قسمين يمين بالله تعالى ويمين هي شرط
وجزا وكلاهما ينعقد لغرض الحث او المنع فالحث مثل قوله
ان لم ادخل الدار او ان دخلت الدار فانت طالق وقد تحقق
ذلك هاهنا فان قوله ان تزوجتك فانت طالق يقصد به
منع نفسه من تزوجها فالنكاح شرط ووقوع الطلاق جزا
ويدل على كون هذه الصيغه يمينا ان من قال لزوجته ان
حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق حنث ووقع طلاقه اجماعا قالوا واذا ثبت كونه يمينا فاليمين
تصرف في ذات الحالف وصلة الامتناع من الفعل المحلوف عليه

فلا يشترط فيه ملك المحل كما في النذر وصورته ان يقول ان
شفا الله مريضي فلله علي ان اعتق عبدا قالوا ولا يقال على هذا اذا
لم يعتبر التصرف تطليقا يمينا فلا بد له من حكم شرعي والا
فلا يكون معتبرا شرعا فان وجود الامتناع حسا لا يراه
شرعيا فلا يكون حكما لانا نقول معنى اعتباره يمينا ربط الجزا
الذي عينه بالشرط الذي عينه حتى يقع الطلاق عند وجود
الشرط فالحكم بوقوعه عند وجود النكاح هو اعتباره
والجواب [illegible] عما ذكروه من وجهين احدهما منع كون
التعليق يمينا بل هو انشا سبب لقطع النكاح على ما قررناه الثاني
انه يمين لكنه يمين بالطلاق ولهذا يترتب عليه احكام الطلاق
واليمين بالطلاق سبب ازالة الملك فلا يتقبل الملك ونحن
انما اشترطنا الملك لكونه طلاقا لا لكونه يمينا والمحلوف به احد
ركني اليمين فان شرطنا المحل للمحلوف به لا للمحلوف عليه واذا كان احد
ركني اليمين مختلا اختلت اليمين لان اليمين لا بد فيها من محلوف ومحلوف
عليه واذا كان من شرط المحلوف به الملك ولم يوجد بطلت

اليمين اصلا وحرج على هذا النذر فانه مجرد التزام في الذمه
وليس هو بمهد سبب الازاله ولهذا لو ملك عبيد الدنيا لا يعتق
عليه عبد واحد حتى يعتقه وفي مسالتنا اذا وجد الشرط وقع
الطلاق من غير تجديد ايقاع مسله الجمع بين الطلقات
الثلاث مباح عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله حرام يعصي
فاعله ومأخذ النظر ان ملك الطلاق عندنا شرع عزيمه
والاصل فيه الاباحه وانما يحرم لعارض وهو تطويل العده عليها
ومعنى العزيمه عليها في الشرع ما وضع على وفق المصلحه العامه
والحكم الكليه والرخصه ضدها وهو ما وضع على خلاف
المصلحه العامه والحكم الكليه لحاجه عامه او ضروره خاصه
والقياس من جانبنا واضح من حيث ان هذه الطلقات ملكه
وخالص حقه والشرع سلطه على التصرف فيها فان الملك هو المطلق
للتصرف هذا هو الاصل والخصم يدعي ان ايقاع الطلقات الثلاث
في الملك ثبت رخصه من حيث ان النكاح عقد مصلحيه كليه
عامه او هو قربه انشاها الشرع من الاجانب للتوالد والتناسل

الذي به بقا العالم وكثرة العباد فهو مقصود الشرع ثبوتا وبقا
لتحصيل المصالح وكذلك لو ارتد الزوج نعله الى العدم لم يجد اليه
سبيلا ولو توافق الزوجان على فسخه لم ينفسخ كل ذلك الا اعتنا
بدوامه وبقايه وقد دلت عليه ظواهر النصوص الوارده في
التحريض على النكاح واذا تمهد هذا الاصل فلا يخفى ان الطلاق
على نقيضه فانه يقطع النكاح عندكم ويفوت حل الحل عند ماذ
فيفوت النكاح انما شرع بشرط دوام الالفه وقد ينتهي الامر
الى حد ينقلب المصلحه مفسده في نكاحها ولو دام العقد بينهما
لتضرر به كل واحد منهما وربما امتنع اكثر الخلق من النكاح من
النكاح مخافه ان يبتلى بمثل هذه الحاله ولا يجد محيصا فوضع الشرع
تصرف الطلاق رخصه منه لتحقيق الخلاص عند تعذر الحال
وكان قياس الاسقاطات يقتضي الاجتزا بطلاق واحد كما
في العتق لتحقق مقصود الخلاص منها غير ان الشرع كرره وعدده
في الملك لحاجه التدارك ان ندم وهذه الحاجه منتفيه في الجمع
بل يقتضي المنع من الجمع فبني على اصل التحريم وهذا نفي اصل التحريم

في زمن الحيض و الطهر الذي جامعها فيه واما نفوذها جمعا
فهو من ضروره كونها مملوكه والملك عندنا ينقسم الى مباح والي
حرام كما في البيع الفاسد ولو كان نقول لا سبيل
الى دعوي الرخصه في شرع الطلاق فانه تصرف شرع لحاجه
عارضه على خلاف القياس و دليل كونه موافقا للاصل هو ان النكاح
في الحره على خلاف الاصل اذ الحريه تنافي المملوكيه وتابي الانقياد
والاحكام على ما قررناه في مسايل النكاح والطلاق يتضمن
ردها الى الاصل كالاعتاق في ملك اليمين ثم يتقرب بالاعتاق
فان فيه اسقاط المحض حق العبد والطلاق لا يتقرب به فان النكاح
متعلق حق الشرع ولولاه لكان الطلاق قربه ايضا اما التحريم
فلا وجه له بل هو تصرف مشروع لحاجه العبد كالبيع وغيره
وقد قال تعالى فطلقوهن كما قال انكحوا وقال وان يتفرقا يغن
الله كلا من سعته كما قال تعالى ان يكونوا فقرا يغنهم الله من فضله
والرسول صلى الله عليه وسلم طلق عند الحاجه كما نكح وتايد ذلك
بتكميل البضع وتابيد الموقت وتصحيح المعلق ويدل على اباحه

الجمع نفوذها جمعا قولهم ان النفوذ كان لضروره الملك قلنا
وكذلك الاباحه وجب ان تثبت لضروره الملك قولهم ان
الملك ينقسم الى مباح وحرام قلنا هذه قاعده سعد دونها
ونحن لا نسلمها واما الطلاق في زمن الحيض انما حرم لتطويل العده
عليها لان الاقرا هي الاطهار و زمن الحيض لا يعتد به حتى قال
اصحابنا لو طلقها قبل الدخول لا يحرم الطلاق اذا طلقها في اخر جزء
من اجزاء الحيض لا يحرم لما لم يكن في ذلك تطويل العده والمحظور في طهر
جامعها فيه يوقع الندم عند ظهور الولد فهو كالصلوه في الدار
المغصوبه ويتايد جميع ما ذكرناه بمسلتين احداهما اذا قال لها
انت طالق ثلاثا للسنه فانه لا خلاف في جوازه فعند الشافعي تقع
ثلاثا في طهر واحد وعند ابي حنيفه تقع سنه في ثلاثه اطهار
الثانيه لو طلقها ثم نكحها وراجعها في ذلك الطهر وطلقها ثانيا فانه
يحل اجماعا مع امتناع طلاقين في طهر واحد مسئله كنايا ت
الطلاق لا يقطع الرجعه عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله كنايا ت
الطلاق كلها بواين تقطع الرجعه الا ثلثه الفاظ وهو قوله اعتدي

واستنبري رحمك وانت واحد وماخذ النظر ان الكنايات عندنا
انما تعمل بحق شهادة الطرد والعكس فانا نتساعدنا على ان الالفاظ
الكنايات على اختلافها لا تعمل في ازالة قيد النكاح بدون نيه
الطلاق وتعمل عند وجودها الثاني انه ينقص بها عدد الطلاق
الثالث انه يتشطر بها الطلاق قبل الدخول والشطر من
خصايص الطلاق الرابع انه لو ابانها ثلث مرات افتقر الى الطلاق
اجماعا والحصر من خصايص الطلاق دون الابانه واذا ثبت
انها تعمل بطريق النيابه عن الصريح فقصاراها ان ترتقي الى درجه
الصريح واذا كان المنتهي اليه وهو صريح قوله انت طالق لا يقطع
الرجعه فالكنايات عنه المشبهه به لا تزيد والخصم ماخذان
ان احدهما ان الالفاظ الكنايات انما تعمل باسمها فقد ابينوها
لا بطريق النيابه عن الصريح والنيه انما اعتبرت فيها لتعين
احدى جهات البينونه وذاك ان جهات البينونه مختلفه
اذ يحتمل انه يريد انه بائن عن حجري وعشيرتي وعن الدار
والمكان وعن النكاح فاذا احتمل هذه الجهات كانت النيه

الى جهات النكاح فيتسبب وصار كالالفاظ المشتركه لتعين
وغيرها فانها تصرف بالقصد الى احدها وقرروا هذا بان
قالوا الثابت له بملك النكاح ثلث طلقات او ثلث ابانات
على التخيير فالطلاق لرفع الملك والابانه لقطع الوصله غير
ان الوصله اصل في النكاح من حيث انه عقد ازدواج
شرع لمقصود لا يستقل به الاحاد من التناسل والتوالد
واشتباك البيوت والعشاير ويحصل من كل واحد من الزوجين
فهو على مثال الازدواج الحسي من وجه للحنف ومصراعي
الباب الا ان هذه الوصله لا يتم بينهما الا بملك حاجز عن
الاشتراك فوجب اختصاصها به وبعد الزوجه عن فراشه
ليثبت نسب الولد ويعتني بتربيته فيكون ذلك تكمله المقصود
الوصله وتتمه له فاذا طلقها فقد رفع الملك التابع واما اذا
ابانها فقد قطع الوصله دون الملك لكن يستتبع بقطعه النكاح
مع ارتفاع الوصله التي هي اصل المجرد بقا الملك الذي هو تابع
فادرجنا الطلاق الموضوع لرفع ملك النكاح في قوله انت ضر

تصحيح موجب لفظ البينونه لانه وضع اصلا ومقصودا كادراج
البيع والملك في قوله اعتق عبدك عني على الف قالوا وهذا هو
الموجب لنقصان العدد وتشطر الصداق قبل الدخول في
والافتقار الى المحلل والولد ليكون الزوج مالكا للابانه
تمكنه منها قبل المسيس وفي الخلع ايضا فانه ياخذ العوض عنها
والعوض لا يملكه ما ليس له الجواب عن المباحث
وجهين احدهما لا نسلم ان الابانه تصرف وراء التطليق حتى
يمكن ثبوته قبل المسيس بها ودعوى الوصله وانقطاعها مقصودا
ممنوعه فان المقصود حاصل على سبيل الكمال بالاختصاص
اللازم الثابت للزوج واذا ثبت الاستغنا في تحقيق
مقصود الشيب بحكم ثابت بالاجماع فلا حاجة الى
زوجته على خلاف الحقيقه قولهم ان الكنايات تعمل بنفسها ومذ
بذواتها لا بطريق النيابه قلنا اذا كان تعمل بذواتها لا بطريق
النيابه قلنا اذا كان تعمل بذواتها لا بطريق النيابه عن الطلاق
فلا يكون الموقع لها طلاقا قولهم ليس بطلاق بل هو قطع الوصله

قلنا فكان ينبغي ان لا ينقص بها عدد الطلاق لان الشرع ملكه
ثلاث طلقات وما استوفاه ولا خلاف بين المسلمين ان عدد
الطلاق ينقص اذا وقع بلفظ البينونه قولهم ان وقوع الطلاق
بها كان ضمنا وضرورة لا مقصودا قلنا باطل من وجهين احدهما
ان الاصل في الاحكام ثبوتها بطريق الاصاله الثاني انه يلزم ان
يكون الواقع بلفظ البينونه شيان احدهما قاطع الرجعه
والثاني مثبت الرجعه وهما متضادان على موجب الابانه
والطلاق في اللفظ الواحد يستحيل ان يوجب حكمين متضادين
ثم جميع ما ذكروه باطل بالالفاظ الثلثه وهي قوله اعتدي
واستبري رحمك وانت واحده اما الكنايات التي لا تنبئ
بالبينونه كقوله سافري اخرجي فانها بوائن عندكم مع انتفا
الاشعار بالبينونه والفرق بينها وبين غيرها من الكنايات
علم واما الطلاق قبل المسيس فلانه كان مبنيا لكون النكاح لم
يتاكد بخلاف ما بعد المسيس ونظيره انقلاب المبيع الى البايع قبل
القبض بفسخ او اقاله فانه يوجب ارتفاع العقد من اصله واما الخلع

فقد جعله الشرع علما على البينونة لان مقصوده لا يحصل بدونها
من حيث ان الخلع لا يجري والغالب الا عند مشاقة ومنازعة
فتبذل المرأة المال للخلاص من ربقة النكاح قال الله تعالى فان
خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به
وكان العوض هو المبين لدلالته على طلب الخلاص لما خذ الثاني
قولهم مقتضى القياس ان لا تثبت الرجعة في صريح الطلاق لا في كنايته
من حيث ان الطلاق اسقاط كالاعتاق والابراء والاسقاطات
لا يستعقب رجوعا كيف ولفظ الطلاق مشعر بالطلاق وحل
الوثاق غير ان الرجعة تثبت فيه بعد الدخول نصا على خلاف
القياس فوجب الاقتصار عليه ورد الباقي الى قانون القياس
ولهذا بقي حكم الاصل فيما قبل الدخول والجواب
من وجهين احدهما انا لا نسلم ان ثبوت الرجعة في الصريح
على خلاف القياس قولهم ان الطلاق اسقاط كالاعتاق والابراء
قلنا فاوجه هذا القياس والاعتاق والابراء مندوب اليه مأمور به
والشرع متشوف الى ايقاعه والطلاق عندكم محرم باصله والابغض

يثبت بعارض والشرع متشوف الى دفعه ثم بعد الوقوع الى تداركه
الثاني هب ان الشرع خالف القياس في الطلاق واثبت فيه الرجعة
الا ان الكنايات كلها مثله والشرع اذا خالف القياس في شيء خالفه
في نظيره مسألة استعمال صريح الطلاق وكناياته في العتاق
صحيح عندنا ويكون الكل كناية فيه وقال ابو حنيفة لا يصح
استعمال شيء من الفاظ الطلاق في الحرية الا لفظين لا ملك لي عليك
ولا سلطان لي عليك وساعدونا في العكس وهو ما اذا استعمل
لفظ الحرية والعتق في الطلاق ونوى به الطلاق فانه يقع بلا خلاف
والمسألة لغوية يرجع حاصلها الى البحث عن حقيقة العتق لغة
فعندنا هو اسقاط كالطلاق فصلح الطلاق ان يكون كناية عنه موقعا
وعندهم هو اثبات والطلاق اسقاط فلا يصلح ان يكون كناية وقرروا
هذا بان قالوا لفظ الطلاق ان استعمل في العتاق فانما يستعمل بطريق
المجاز وشرط صحة المجاز هو الاتصال بين اللفظين لنوع مقاربة بينهما
في المعنى الخاص وقد انتفى ذلك هاهنا فان الطلاق والعتاق ضدان
من حيث ان الطلاق اسقاط حق مجرد ليس فيه معنى الاثبات كالـ

واما العتاق فمعناه احداث قوة في المحل لم يكن فيه بدليل اللغه
في وجهين احدهما قولهم عتق الطاير اذا انبت ريشه وقوي على
الطيران وعتاق الطيور هي الاقويا الكواسب الثاني ان العتق
ضد الرق والرق عباره عن الضعيف يقال ثوب رقيق اذا كان
خفيفا ضعيفا والشرع فيه ذلك حيث سمي المملوك من بني ادم
رقيقا لان قوته الشرعيه صارت معدومه في حق نفسه حتى
لا يقدر على الولايات والشهادات والجمع والجهاد فاثر الرق
في حقه ضعفا ونقصا سوى ملك السيد عليه فكان العتق
على التحقيق احداث قوة له في المحل اما النكاح فلا يوجب نقصا
ولا يثبت ضعفا في حقها ورا احكام الزوج فان الاحكام كلها
ثابته في حقه سوى ما نقص بطريق الانوثه الثابته باصل الفطره
فلم يكن الطلاق محدثا لها قوة لم يكن ثابته وانما هو مجرد اسقاط
حق عليها واما الشرع فثبوت حق الولايه للمعتق تشبيها له بالسبب
الى الايجاد الحسي وهو الاب قال صلى الله عليه وسلم الولا لحمه كلحمه
النسب قالوا ولا يلزم على هذا فاذا قال لزوجته انت حره

ونوى الطلاق لانا قلنا انما جاز ذلك بطريق المجاز لان العتق وان
كان يحدث قوة الا ان ذلك انما يحصل بزوال ملك الرقبه وزوال
ملك الرقبه سبب لزوال ملك المنفعه فكنى بالسبب عن المسبب
والجواب من وجوه الاول انا لا نسلم ان العتق يحدث
قوة لم تكن اصلا فان الادمي باصل فطرته وجبلته كامل مستقل
بالموزه منهي لقبول عن الحريه والتحمل لامانه الله تعالى واطلا ع
اعبا التكاليف وانما عرض عليه عارض منع اعمال السبب
فلما جا العتق ازال العارض وكان على الحقيقه اسقاطا كالطلاق
الثاني نقول اذا كان الطلاق اسقاطا لا اثبات فيه والعتق
اثبات لا اسقاط فيه وجب ان لا يقع الطلاق بلفظ العتا ق
لا حقيقه ولا مجازا وهذا لا جواب عنه قولهم ان العتق من
اللغه عباره عن القوه قلنا لا نسلم بل العتق في اللغه عباره
عن التخليص هكذا اورده الازهري وهو امام اللغه
ومنه يقال اعتقه الله من النار اي خلصه الله وفي ماثور
الاخبار اللهم اجعلنا من عتقايك وطلقايك ومحرريك

من النار وسمي البيت عتيقا لتخليصه من ايدي الجبابرة او الطير
انما سميت عتاقا لتخلصها عن ضيق الاوكار بالطيران قولهم ان الرق
عبارة عن الضعف قلنا لا نسلم بل هو عبارة عن الملك والعتق
عبارة عن زوال الملك قولهم ان المعتق موجد للعتق حكما فصار بمثابة
الاب قلنا قد بينا ان ايجاده معنى يستند الى اهليته واسبابه
لا الى قوة يحدث من جهة المعتق **مسألة** اذا قال لزوجته
انت طالق او طلقتك ونوى عدد اثنتين او ثلاثا وقع ما نواه عندنا
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقع عدد وانما يقع واحدة وعلى هذا
فيما اذا قال انت باين وانت الطلاق واوقعت عليك الطلاق
وانت طالق طلاقا والمسألة لغوية كالتي قبلها وماخذ النظر
ان قوله انت طالق يحتمل العدد عندنا وكذا قوله طلقتك
ونظايره وعندهم لا يحتمل العدد عندنا وكذا قوله طلقتك
ونظايره ويرجع حاصله الى ان المقتضى هل له عموم ام لا فعندنا
نعم كالموضوع وعندهم لا يحتمل ودليل احتمال الصيغة للعدد
هو ان قوله طلقتك او انت طالق صيغة مشتملة على المصدر

والمصدر صالح للعدد اما بيان اشتمال الصيغة على المصدر
هو ان طالق صفة للمراة والصيغة مشتقة من المصدر
وهو موجود بعينه فيها اعني الحروف التي تركب منها ذات المصدر
الطلاق ولذا قوله طلقتك فان معناه اوقعت الطلاق
عليك ولا نقول هو معناه بل هو هو الا انه موجز كان قول
القايل اسم اشارة الى جماعة كقولهم رايت زيدا وعمروا
وخالدا اذا ذكر اسماءهم من غير فرق في هذا قاطع في صح
اللسان والشافعي امام اهل اللغة وكذلك سوى بين
المصدر والصيغ المشتقة من المصدر ولا يخالف الافعال
المصادر الا في الزمان فالفعل يدل على الزمان اما بيان
كون المصدر صالحا للعدد انعقاد الاجماع على انه اذا
قال انت طالق طلاقا ونوى الثلاث كان ثلثا فان قالوا
نسلم ان الصيغ المشتقة من المصدر لا تنفك عن الدلالة
على المصدر غير انها لا تعمل فيما ثبت بطريق الدلالة والاضمار
وانما تعمل في صرف الملفوظ المصرح به الى احد محتمليه

بدليل انه لو قال لزوجته اخرجي ونوى الطلاق وقع ولو
قال اخرجي الى اهلك ونوى الطلاق وكانت الزيادة لا بد فيها
من الخروج في الزيادة قد تضمرون تصحيح امره بالزيادة واسقاط
لفظه كيلا يبطل فلا يثبت له حكم الخروج المصرح به في كلامه
قلنا من اصحابنا من منع ذلك وقال يقع الطلاق اذا نوى ان
سلمنا فنقول الخروج هناك امر يقتضي اللفظ وانما هو مقتضى
الحال لانه قد سبقوا الزيادة تعين الخروج بان يكون ابوها
يقربها فلا تخرج بخلاف المصدر فانه موجود في الفعل لفظا
ووضعا وان تغيرت هيئته لانه متضمن له من حيث الدلالة
واذا كان المصدر موجودا في الفعل كان الفعل للمصدر محتمله
للفعل وان قالوا المصادر اسماء اجناس واسماء الاجناس لا تحمل
العدد ولا هي موضوعة للعدد وانما تحتمل ما هي موضوعة له
وهو الجنس والجنس فرد فنقول اذا نوى واحدة وقع لان الواحدة
فرد في الذات فرد في الصفة وهي الاصل واذا نوى الثلاث
وقع لانه جنس الطلاق جميعه فهو فرد في الحقيقة وان

تعددت ذاته في الجنسية اما الاثنين فلا هي الاصل ولا هي الجنس
فلغت قلنا هذا غلط بل اسماء الاجناس تدل على العدد فان
الضرب يدل على قليل الضرب وكثيره ويصلح له فهو بمنزلة
اسماء العموم فلا فرق بين عدد وعدد اما الحنفية فزعموا ان
الصيغة غير محتملة للعدد من حيث ان قوله انت محل فرد وطالق
نعت له وهو ايضا فرد واذا اتحد المحل والصفة استحال
العدد اذ يصير في التقدير كقوله للمراة الواحدة انت طالقان
او طوالق وذلك محال والجواب من وجهين
احدهما ان جميع ما ذكروه باطل بقوله انت بائن فانه اذا نوى
الثلاث وقعت احكاما فاي فرق بين هذا وبين هذا قوله انت
طالق هذا هادم لجميع ما ذكروه الثاني هو انا لا نسلم ان
الصيغة نعت فرد فان حقيقة النعت اخبار عن صفة
يتردد بين الصدق والكذب بل قوله انت طالق انشاء
للطلاق بهذا فرقتم في مسئلة المكره على الطلاق بين الانشاء
والاقرار اذ قلتم الاقرار يتردد بين الصدق والكذب والا

وبه والانشا لا يتردد فهذا لان العرب لم تضع للانشا
صيغه بجهه بل استعملت فيه لفظ الماضي والشرع قرر ذلك
بدليل قوله بعت واشتريت وطلقت صيغه الماضي المستقبل
وقوله في مجلس القاضي اشهد ان له عليه الف اصيغه المستقبل
الموضوع للوعد ثم جعل ذلك انشا واذا ثبت انه انشا فلهذا
وقوعه متردد بين الواحد والاثنين والثلث فانها قصد
ونوى صح ويدل على احتمال الصيغه للعدد حكمان فاطمان
احدهما انت طالق او طلقتك طلقتين او ثلثا فانه يصح
وقاما ولولا ان اللفظ يحتمله لما صح تفسيره به فان قدر
التثنين تفسيرا له دليلا على ان اللفظ احتمله وان قدر
صفه للمصدر المحذوف فقد ثبت احتمال المصدر للتثنين
والثلاث على سوا الثاني انه لو قال لوكيله طلقني وجتي
ونوى الثلاث فقال الوكيل طلقت وقع الثلاث اجماعا
وهذا لا جواب عنه اذ لا فرق بين ان يقول طلقت وبين
ان يقول طالق مسئله اذا اضاف الطلاق

الى نفسه قال انا منك طالق او طلقت نفسي منك ونوى به
الطلاق طلقت وكذا سابر الكنايات اذا اضافها الى نفسه
ونوى بها الطلاق فانها تطلق قال ابو حنيفه لا تطلق
ولا يكون ذلك كنايه الا في قوله انا منك باين او انا منك حرام
فاما اذا قال السيد لعبده انا منك حر ونوى به العتق فمجان
وجه الفرق ان العتق حل للرق وابطال له والرق يختص بالعبد
فالخصر صا فه وما خذ النظر هو ان حكم النكاح عندنا
الزوجيه المفيده بين الزوجين والحل اللازم من الجهتين وحكمه
عندهم حدوث الملك للزوج على الزوجه والدليل على
صحه ما ذهبنا اليه امران احدهما الاشتراك في احكام
العقد فان الاشتراك في الاثر يدل على الاشتراك في المؤثر
ظاهرا وبيان الاشتراك من وجهين احدهما اشتراكهما في حل
الاستمتاع فانه يباح لها كما انها تباح له وتقصد الزوجه من
الزوج ما يقصد منها وهي تستحق عليه لصحبتها وهو يستحق عليها
حصه وتسميه الزوجين متناكحين كان بهذا الاعتبار

والبه اشار بقوله تعالى لا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وبقوله
حتى تنكح زوجا غيره الثاني ان النكاح افاد حكما من الجانبين
اما من جانب الزوج فانه يثبت له منعها من الخروج والبروز
والتزوج بزوج غيره تكميلا للمقصود في الاستمتاع في حقه واما من جانب
الزوجة فانه يثبت لها عليه امتناع التزوج باختها واربع سواها
الوجه الثاني في بيان الاشتراك اشتراكهما فيه وضعا فان
النكاح في وضع اللسان عبارة عن الضم ومنه قولهم تناكحت
الاشجار اذا انضم بعضها الى بعض واشتراكهما وضعا ودليل
اشتراكهما شرعا اذ الاصل ثبوت الاحكام الشرعية على
وفق الاوضاع اللغوية واذا ثبت اشتراكهما في احكام النكاح
ومقاصده وجب اشتراكهما في صحة اضافة الطلاق لوجود
تلك الاحكام الى كل واحد منهما كما في قوله انا منك باين وانا
منك حرام اما الحنفية فقد منعوا اشتراك الزوجين في احكام
العقد وزعموا ان حكم العقد حدوث الملك للزوج على الزوجة
بدليل النص والحكم والمعنى اما النص فقوله عليه السلام النكاح

رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته واما الحكم فوجوب المهر
عليه عوضا عن ملك البضع ووجوب النفقة على مثال الاثمان
واختصاصه بولاية الحجر والجبر للايم وامتناع زوج اخر
في حقها واستقلاله بالطلاق دونها واما المعنى فهو ان
الملك عبارة عن اختصاص منتفع بمنتفع به وتلك الاختصاص
انما يثبت لها به ولا اختصاص له بها فانه يملك من التزويج ما
وله ان يتزوج بغيرها واذا لم يكن مختصا بها فلا يكون مالكه وهي
تكون مملوكة قالوا وتسميتهما متناكحين من قبيل التغليب كما
يقال الاسودان للماء والتمر والقمران للشمس والقمر والحسنان
للحسن والحسين وتسميتها ناكحة مجاز لكونها من النكاح بسبب
وسبيل ودليل المجاز ما ذكرناه من الدلايل فالواو يدل على عدم
الاشتراك اعتبارها في اضافة الطلاق اليها والجواب
نقول قد بينا اشتراك الزوجين في الزوجية في موجب
عقد النكاح على ما سبق وما ذكرتموه من دعوى ثبوت الملك
في الحرة محال فان الطلاق ملك النكاح لم يرد في كتاب

ولا تسله وانما هو من تجوزات الفقها كقولهم ملك القصاص
وملك الانسان نفسه وملك التصرفات وكل اختصاص
واستحقاق موكد فانه لا يتجوز عنه قال مالك اما
حقيقة الملك وهو المعنى المفيد في المحل لافادة الانتفاع
فلا دليل عليه واما قوله عليه السلم النكاح رق فقد بينا
وجه المجاز فيه في مسايل النكاح فلا نعيده ثم وان سلمنا
ان في النكاح ملكا لكن نقول ما ثبت له عليها ثبت مثله لها
عليه قال الله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف
واما وجوب المهر قلنا لا نسلم انه في مقابلة البضع بل المهر
والنفقة امران ابدا في النكاح خارجان عن مقصوده
وجبا في مقابلة امرين ابدين في النكاح خارجين عن مقصوده
وهما ولاية الحبس والاستقلال بقطع النكاح خيالها
واستماله لقبلها واما امتناع زوج اخر في حقها فلان
جمعها بين زوجين يؤدي الى اختلاط المياه وفساد النسل
ثم دليل الاشتراك استواهما في استحقاق الاستمتاع

حتى يثبت لها الفسخ بالجب والعنة والطلب عند الايلا
بخلاف السيد مع الامة قولهم ان تسميتها متناكحين بطريق
التغليب قلنا الغالب في الطلاق اتباع الحقايق وما ذكر نحو
من التغليب لم يرد الا في الفاظ معدودة نادرة فلا يضور
اللفظ اليه الا بقرينة واما اعتبار النية في محل النزاع
فلان عرف الشرع غلب بجعل اضافة الطلاق اليها فاحوج
اضافته اليه الى نية صارفة مسئلة القول بالهدم
باطل عندنا وصورة المسئلة ما اذا طلق زوجته طلقة
او طلقتين ثم انقضت عدتها وتزوجت بزوج ثاني ووطيها
فانها عادت الى الزوج الاول بعد ذلك بنكاح جديد تعود
بما بقي من عدد الطلاق وقال ابو حنيفة رحمه الله وطي
الزوج الثاني يهدم ما سبق من الطلاق ثلث طلقات
مثلا بقيت والمسئلة لغوية ايضا فانها مبني على الاختلاف
في مدلول كلمة حتى في قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره فهي عند الشافعي رحمه الله للغاية

على معنى ان وطي الزوج الثاني بعد ثلاث طلقات غاية لتحريم
العقد فينتهي التحريم عنده فان التحريم كان ممتدا الى حين وطيه
فان وجد الوطي انتهى الحكم بنفسه ثم لا ان رافعا رفعه
او معدما اعدمه بل هو بمثابة الصايم اذا دخل عليه
الليل فانه لا يقال ان الصوم ارتفع الصوم او بطل وانما تم
وانتهى كذلك الاجارة اذا انقضت المدة يقال انتهت
الاجارة وتمت فذلك الحكم بنفسه لا ان رافعا رفعه او
معدما اعدمه ونظيره قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط
الابيض من الخيط الاسود من الفجر فانه لبيان الغاية كذلك
هاهنا وتحقيق هذا الكلام ان المراه محل حل النكاح
باصل وطتها وكونها انثى وانما لما وجد الطلاق الثلث
عرض عارض التحريم في حقها فاذا وجد وطي الزوج الثاني
زال ما كان عرض من عارض التحريم فعادت الى الاصل
لان وطي الزوج الثاني ان رحلا لم يكن هذا له شرح الماخذ
اما الدلاله عليه فنقول الرافع للشي والمزيل له لا بد وان

وان يكون بينه وبين المرفوع مناسبه تقتضي المصادمة بينهما
ووطي الزوج الثاني لا يناسب رفع التحريم واثبات الحل الا ن
غاية ما فيه انه استوفى حقه وتصرف في ملكه وهذا لا يصلح
اثبات الحل لشخص اخر واذا لم يكن وجه المناسبة فيه معقولا
لم يمكن ان يجعل رافعا فجعلناه غاية للتحريم واذا لم يكن تحريم لم يعقل
انهاؤه والطلقه والطلقتان لا تحرم العقد فلا اثر لوطي الزوج
الثاني في انهايه وقال ابو حنيفه رحمه الله شكله حتى للرفع والقطع
بدليل قوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا فان الغسل
يرفع الجنابه وليس بغايه لها قالوا وقد دل عليه ان الشرع سماه
محللا فقال لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من احدث حلا في المحل
فدل ان له اثرا في اثبات الحل قالوا والفقه فيه هو ان الطلاق
الثلاث مسقط للحل موجبا للتحريم الحل وهو مطلوب مقبلا
حتى لو تصور ان تعيش المراه الف سنه لا تتزوج كان التحريم ممتدا
فاذا طرى عليه ما يزيله وهو وطي الزوج الثاني كان ازالته لا غاية له
قالوا واذا ثبت انه رافعا للتحريم هادما لاعداد الطلاق وجب

ان يكون اقوى فان محل النزاع بطريق الاولى لانه اذا اوقع الطلقات
الثلاث فلان يقع الواحده والاثنتين اولى والجواب من
وجهين احدهما انا لا نسلم ان الطلاق الثلاث اسقط حل المحل
اذ الطلاق المستفاد بالنكاح لا يزيل الحل المستفاد باصل الخلقه
وانما الطلاق يسقط الملك الذي له والحل الذي استفاده
بالنكاح فاما تحريم المحل فليس له عليه ولايه ولا جعله الشرع
اليه انما هو حكم اثبته الشرع ابتداء عند وجود الطلاق
لانه انبئ عنه لفظه ولا يثبت ذلك بقصده وانما اسقط
ملكه فثبت التحريم فهو مشابه اللعان فانه ينعقد
تحريم موبد لان لفظ اللعان ينبئ عن ذلك لان قوله اشهد
انها زنت لا يقتضي تحريما موبدا انما الشرع رتب على ذلك
التحريم فكذلك في الطلاق قولهم ان كلمه حتى للرفع والقطع
ممنوع واما قوله تعالى حتى تغتسلوا قلنا من اصحابنا من قال
ان الاحداث مواقيت للطهاره فهي غايه لها او نقول
الاصل في حتى ان يكون ان يكون غايه فان جاءت لغير غايه

غايه فمجاز قولهم ان الشرع سماه محللا قلنا هذا لا يتناول ما نحن
فيه فان كلامنا في نكاح مباح وجد بشروطه ومرتكبه مرتكب
مباح لا يستحق اللعن وانما الملعون في النص هو الذي ينكح
نكاحا فاسدا على قصد التحليل مسأله اذا اضاف
الطلاق الى جزء معين كاليد والرجل وقع عندنا وهل يقع
على جملتها بهذا اللفظ او يقع على اليد ويسري الى الباقي
ظاهر المذهب انه يقع على الجمله بهذا اللفظ لانه لا يتبعض
ومن اصحابنا من قال يقع على الجزء الذي يطلق ثم يسري الى الباقي
لان الطلاق مبني على السرايه وقال ابو حنيفه
رحمه الله اذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن
الجمله وقع مثل قوله رقبتك طالق او عنقك او بدنك
او جسدك او فرجك او وجهك وكذا لو طلق جزءا شايعا
منها مثل قوله نصفك او ربعك طالق فاما اذا اضاف الى جزء
معين مثل قوله يدك او رجلك طالق لم يقع ومأخذ النظر
ان محل حل النكاح عندنا الذات المشتمله على الاجزاء المتصله

بها اتصال خلقه بدليل قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن اضاف
الانكاح اليهن وانصوص الذات عباره عن مجموع الاجزا والاعضا
الموجوده لدى العقد والجز العين بعض من الذات كالمبهم
بدليل الحكم والمعنى اما الحكم هو انه لو حلف ان لا
يمس بعضها فمس يدها حنث في يمينه بل لو قال لها ان مسست يدك
فانت طالق فمس يدها طلقت اجماعا فنقول ان لم يكن اليد
المسوسه منها فينبغي ان لا طلق يقع الطلاق المعلق عليها
وان كانت منها ينبغي ان يقع الطلاق المنجز المضاف
اليها واما المعنى هو ان الجمله مركبه من مجموع الاجزا
فاذا اخرجنا احاد الاجزا من حقيقه الجمله مركبه فاين
الجمله واذا ثبت كون الجز المعين بعضا من الذات وكون
الذات محلا كان محلا للطلاق لوجه والفرج اما الحنفيه
فزعموا ان مورد حل النكاح هو الذات المشتمله على
الاجزا التي لا يعيش الانسان بدونها في مجرى العاده
والاطراف متصله بالبدن وليست من البدن بدليل

ان البدن يبقى كله وحقيقته بعد ابانه الاطراف فزعموا
ان الاعضا المعينه بالنسبه الى مورد الحل كالمعدومه وانما
حل الاستمتاع بها لضروره الاتصال ضمنا وتبعا واحتجوا
في ذلك بامرين احدهما انه لا يصح اضافه النكاح
اليها ولو كان محلا له يصح اضافته اليه كما يصح اضافته الى الجمله
الثاني انعقاد الاجماع على صحه نكاح مقطوعه الاطراف
وعدم ثبوت الخيار فيما اذا تزوج امراه فخرجت عديمه
الاطراف والجواب عن الاول انا لا نسلم
انه لا يصح اضافه النكاح اليه بل يصح اضافه النكاح
اليه بواسطه الجمله فان الاضافه الى الجمله اضافه الى الاجزا
ضروره على ما قررناه وقولهم ان الذات تبقى بحدها
وحقيقتها بعد ابانه الاطراف عنه جوابه من احدهما
نقول يبقى موصوفه بالنقصان والوصف بالنقصان
دليل على ان الفايت جزو الجمله الثاني ان الاسم الموضوع
بازا جمله ينقسم الى ما وضع لعدد محصور كالعشره فيفوت

الا بتم بفوات واحد منها والاسم اذا وضع لعدد مجتمع غير محصور
كالعسكر مثلا فانه وضع لجماعة غير محصورين فاذا رقم
اثنان او عشرة لم يبطل اسم العسكر من الباقين وان كان المعارف
ايضا من العسكر واما امتناع الفسخ بجرح وجماعة من الاطراف
فلان فوات الاطراف وان كان ضررا الا انه لا يمنع الاستمتاع
المقصود بالنكاح فلم يلحق بضرر الرتق والقرن المانعين من
الاستمتاع مسئلة المكره على الطلاق طلاقا لا ينفذ
طلاقه عندنا وكذا عتاقه ولا ينعقد بيعه ونكاحه ونذره
ويمينه وسائر تصرفاته فان الاكراه يرفع حكمها ولا يلزمه
شي منها مع الاكراه وقال ابو حنيفة رحمه الله
الاكراه لا يمنع وقوع الطلاق والعتاق والعفو عن
القصاص وسائر الاسقاطات فانها لا تقع الا لازمة
لا تقبل الرد واما ما لا يحتمله الفسخ فيقع لازمة لا تقبل الرد
واما ما يحتمله الفسخ فانه لا يلزمه وان كان جائزا كالبيع والاجارة
والهبة فانه ينعقد موقوفا على اجازته ورده بناء على الرضا

في العقود من باب الشروط وفساد الشرط عنده يوجب
فساد الوصف دون الاصل على ما قررناه في مسئلة البيع
الفاسد واختلف اصحابنا في حد الاكراه الذي يمنع وقوع
الطلاق على وجهين فمنهم من قال ينحصر ذلك في التهديد
بالقتل او القطع واما غيرهما فلا ومنهم من قال وهو المذهب
انه يتحقق بستة اشياء وهي التهديد بالقتل او بالقطع او
باخذ المال او الشتم او الضرب او الحبس ثم انهم قالوا الاكراه
بالقتل والقطع اكراه في حق كل احد يستضر به اما الاكراه
بالضرب والشتم فقد يختلف باختلاف احوال الناس
فان كان من ذوي الاقدار والمروات الذين يالمون به
كان ذلك اكراها في حقه وان كان من السفلة السقا د
الذين لا يالمون به لم يكن ذلك اكراها في حقه ومأخذ النظر
ان وقوع الطلاق عندنا لا يكفي فيه مجرد القصد الى ايجاب
الصيغة بل لا بد من قصد ازالة الملك بها وذلك مفقود
في المتنازع فيه فانه قصد التلفظ بخلاص نفسه لا لازا له

ملكه ويدل على اعتبار القصد الذي ذكرناه مسئلتان احدهما
الحاكي للصيغه فانه يقول قال طلقت زوجتي فصرح باللفظ
وقصد اعادته ولا يقع طلاقه قالوا ذاك اخرج من معرض
الحكايه فان ذلك قرينه داله على انه لم يقصد ازاله ملكه
قلنا وكذلك الاكراه قرينه داله على انه لم يقصد
ازاله ملكه وانما قصد الخلاص ولا يلزم على هذا الهازل
فانه لم يظهر انصراف قصده عن الايقاع لمعارض يعذر فيه
فان الاكراه نوع عذر له فيه ويستحق صاحبه ان ينظر
له اما الهزل فلا يصلح ان يكون معارضا ولا يستحق صاحبه
ان ينظر له بل هو جدير بان يغلظ عليه حتى لا يهزل بالطلاق
فاذا وطنه القصد مطرحه في حقه من غير معارض والحكم
عليها بخلاف محل النزاع ولا يلزم اذا اجبر على الطلاق حيث
ينفذ طلاقه مع انتفا القصد فان المولي لا يجبر عندنا بل
الحاكم يطلق عليه اذا امتنع الا انه يحبس وكل ما يمنع الحق
عن مستحقه فالقاضي ينوب فيه للمستحق جبرا وذلك لا يدل

على سقوط اعتبار القصد في التعليق بل وازنه استيفا الامام
الزكوه من الممتنع قهرا بدون نيه المالك ثم لا يدل على الاقرار
بالطلاق وصورتها لو اكره حتى قال طلقت ثلثا بالامس فانه
لا ينفذ اجماعا حتى لو قال كذبت فانه يقبل فليكن كذلك
في الانشا فان دلاله قرينه الاكراه على صدقه هاهنا
كدلالتها على صدقه كقوله كذبت في الاقرار اما
الحنفيه فانهم قالوا اللفظ هو العلم الدال على زوال
الملك ووقوع الطلاق فاذا صدر من اهله مضافا الى
محله يجب ان ينفذ كطلاق الهازل ونحن نقول
نسلم ان اللفظ هو العلم الدال اذا لم يوجد كطلاق ما يدل
على نقيضه ولكن قد وجد ما يعارضه وينافيه فان
الاكراه علم دال على انه قصد باللفظ خلاص نفسه
من يد الظالم لا ازاله النكاح على ما تقدم مسئله
الطلاق عند الشافعي معتبر بصفه الزوج من رقه
وحريته فالحر يملك ثلاث طلقات سوا كانت زوجته

حرا او امه وقال ابو حنيفه رحمه الله الاعتبار
نصفه للمراه ان كانت حره ملك زوجها ثلث طلقات
حرا كان او عبدا وان كانت امه ملك زوجها
طلقتين حرا كان او عبدا وماخذ النظر ان حكم الطلاق
عندنا قطع النكاح والنكاح على الحره والامه ما يتحقق
من زوجته الحره غير ان حقه فيها قد يكون مزحوما
بحق السيد ولو ترك السيد حقه من الخدمه
تسلط الزوج بحكم النكاح على زوجته الامه تسلطه
على زوجته الحره فهي تشابه الحره المجوسيه في حق
ادامه نكاحها ناكح قال ابو حنيفه رحمه الله
حكم النكاح ازاله حل المحل والحل في حق الحره اكثر
منه في حق الامه فكان الطلاق في حقها اكثر وقرروا
هذا بان الحل نعمه وكرامه اذ النكاح نعمه وهو عقد
مصلحه من الجانبين وحط الرقيق في النعم والكرامات
دون حط الحر فكان حل الحره فوق حل الامه ولهذا

امرء

نكاح الامه الا من خاف عدم الحره او عدم طولها وكذلك
تفاوتا في القسم والتوا يدل على نقصان الحل ام ان احدهما
ان حق السيد فيها يتقدم على حق الزوج فانه لا يسلمها
الى الزوج في زمن الاستخدام والانتفاع الثاني ان احد
الرجعه في حقها ناقص بسبب نقصان عدتها واذا ثبت نقصان
الحل في حق الامه كان المزيل بحسب المزال ان قل قل وان
كثر كثر وجوب قولهم ان الطلاق
مشروع لازاله الحل قلنا قد ابطلنا ذلك في مسئله
المختلعه فان سلمنا فلا نسلم تصور النقصان في الحل فانه
لا يتجزي في حق المحل غايته ما في الباب ان حق الزوج
فيها مزحوم بحق السيد وقد بينا ان ذلك عارض لا يقدح
في كمال الاستحقاق كما في حق الحره المجوسيه في حق ادامه
نكاحها مسئله المبتوته في مرض الموت لا ترث
على القول المنصور في الخلاف وهو الصحيح وقال
ابو حنيفه رحمه الله ترث ما دامت في العده وساعدونا

فيما اذا كان الطلاق في حال الصحة او كان الطلاق بسؤالها
او كان قبل المسيس انها لا ترث وكذلك قالوا لا يرث هو
منها اذا ماتت في العدة وقال ابو علي الطبري ترث وان
تى وجب ومأخذ النظر عندنا انقطاع سبب الارث
فان الارث انما يثبت بنسب او سبب ولا نسب بينهما
والسبب قد زال بكل وجه فان الطلاق الثلث او الطلقة
البائنة مزيل للنكاح من كل وجه على ما قررناه في مسئلة
نكاح الاخت في عدة الاخت والذي
نريده هاهنا ان الطلاق ان الطلاق في اصل وضعه مستقر
حل الوثاق ثم صار بعرف استعمال حملة الشريعة والنكر
في القران مختصا بحل وثاق النكاح فكان النص في اصل الوضع
في الدلالة على قطع النكاح وهو معتبر بالاجماع والاصل
اعتبار اللفظ في جهة اشعاره ويتايد ذلك بالطلاق
قبل المسيس فانه قاطع من كل وجه اجماعا والاحاديث
سواه والخصم ماخذ ان احدهما دعوى بقا النكاح من

وجه لقيام العدة وهو باطل بما لو طلقها في حال الصحة ومات في
عدتها المسـا خذ الثاني دعواهم التهمة في طلاق المريض بقصد
الفرار من توريثها اذا ثبت لها حق الارث في اموال مريض
الموت على وجه ينقلب حقيقة الملك عند الموت
بدليل انها تتمكن من نقض تبرعاته فيما زاد على الثلث قالوا والنكاح ح
سبب حقها فكما يحجر عليه في ابطال سبب حقها لان عصمته
حقها ثم بالامرين جميعا وهذا فاسد من وجهين احدهما
انه طلاق الطاهر فانها حالة انقطعت فيها اماله الا من الله
عز وجل فادم على به خايف عقابه راج ثوابه فلا يظن به
انه رتكب محرما وقد استشهد الاصحاب على ذلك بقصة
الصديق حين عهد الى عمر رضي الله عنهما فقال هذا ما
عهد ابو بكر رضي الله عنه اخر عهده بالدنيا
واول عهده بالعقبى حالة يبر فيها الفاجر ويومن فيـ
ها الكافر اني استخلفت عليكم عمر بن الخطاب
فان عدل واحسن السيرة فذاك ظني به والا فسيعلم

الذين ظلموا اي منقلب ينقلبون الثاني ان ذلك
نطل بما قبل المسيس فانه سهم ولا يرث فان قالوا لا
لم سو ثر علقه فانه لا علة قلنا باطل الطلاق في حال
الصحه فان العله قايمه ولا ترث ويبطل ايضا بما لو
كان له ابن عم مكاتب متى لقيط من قارعه ويعود له لما
هي مرض الموت فان كل ذلك تأبد مع التهمه وربما
تمسكوا في المسله بما اعتقدوه اجماع الصحابه
وهو ما روي ان عثمان ورث زوجه عبد الرحمن
ابن عوف بما صر س الاصبغ الكلبيه وقد
طلقها في مرض الموت وقال من فر من كتاب الله
رد عليه قالوا وهذه قصه كانت بمشهد من الصحابه
وانتشرت وداعت وما انكر منكر فكان
اجماعا [illegible] عن هذا ان نقول
دعوي الاجماع غير ممكن فان في زمن عمر كان اصحاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم قد تبددوا وتفرقوا
وتباينت بهم الديار وتنازحت الاوطان شرذمه في الشرق
وشرذمه في الغرب فمن اين فهم اجتماعهم وموافقتهم
على هذا الحكم وتصور مثل ذلك عسر ثم لا نسلم عدم
الانكار اذ نقل عن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه قال
لو كان الامر الي لما ورثها وان سلم سكوت الكل فلان
الحكم في محل الاجتهاد وكل مجتهد مصيب او
لعلهم سكتوا حتى لا يشقوا العصا على الامام
اذ لا نعترض عليه فيما ادى اليه اجتهاده. [illegible]
الرجعية [illegible] وطء الرجعية حرام عندنا
وكذا الاستمتاع بها والنظر اليها بشهوة وغير شهوة
وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يحرم وطيها
واذا وطيها بذلك الرجعه وقد سلم تحريم الخلوة والمسا فه
بها من غير قصد الارتجاع وما خذ النظر ان الطلاق
عندنا يزيل الملك في حق الحل دون ساير الاحكام

وعندهم لا يزيل الملك ولا الحل ولا شي من الاحكام
في الحال والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان نقول
لا يخلو هذا الطلاق اما ان يكون قد اوجب خللاً
في النكاح واثر اثرا او ما اوجب فان قلتم ما اوجب
خللا ولا اثر اثرا وان ما بعد الطلاق وما قبله على
صفة واحدة كانت العدة واجبة في صلب النكاح
واذا كان كذلك يجب ان لا يحتسب بها لانها تكون
كمدة تربص الايلا والطلاق المعلق وقد اجمعنا
على انه يحتسب بها من البينونة حتى لا يجب عليها عدة اخرى
بعد انقضائها ولم يكن الوطي محرما لكانت المدة تربص من
غير احتساب فيحتاج بعد ذلك الى استيناف عدة كما
في مدة الايلا والطلاق المعلق وحيث انعقد الاجماع
على انه يحتسب بها من العدة دل انها ما نقضت من الوطي
كعدة البائن وان قلتم ان الطلاق اوجب خللا واثر اثرا
قلنا فيصلا القدر من الخلل كاف وتحريم الوطي لان

للانتفاع بخلطها والحل اول ما يرتفع واسبق ما يزول
من احكامها ونظيره ما اذا اسلم احد الزوجين فان
ابا حنيفة قال يثبت حل الوطي ويرتفع في الحال ثم اكان
ذلك في دار الاسلام وان كان في دار الحرب وقف
على مضي ثلثة اقرا فكما جاز ان يبقى العقد هناك فلاجل
جاز في مسئلتنا مثلوا بو حنيفة رحمه الله يدعي ان
الحل في النكاح لا يقبل الانفصال عن الملك وذلك
انه قال لا بقا للسبب مع ارتفاع حكمه والحكم الاصلي
والمقصود الكلي في النكاح هو الحل ومن ضرورة ارتفاع
الحل ارتفاع النكاح وهذا مطرد في ساير الاسباب
لا يبقى شي منها مع زوال حكمه بل في ملك اليمين جاز ان يرتفع
الحل ويبقى الملك تابع فان المكاتبة لا يحل وطيها والملك
في حقها قايم فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
والجواب [illegible] عن هذا ان نقول يجوز ان يرتفع الحل
مع بقاء العقد بدليل الحكم والمعنى اما الحكم فما ذكرناه

من انفلات احد الزوجين واما المعنى هو ان نقول الزوال
على ضربين زوال مطلق وزوال مترقب فالزوال المطلق
هو الذي رفع السبب لان السبب اذا كان مطلقا
فزال حكمه مطلقا ارتفع والزوال المرتقب هو الذي تعلق
على استدراكه ومسئلتنا من هذا القبيل فان زوال الحل
لم يكن مطلقا وانما هو مترقب ولا يكون على الحقيقه
زوالا بل هو احتباس كما بيناه من انفلات احد الزوجين
ولو كان زوالا بل هو احتباس كما بيناه من انفلات
احد الزوجين لو كان زوالا مطلقا لاحتاج الى نكاح
مثل الاول كامل بشروطه مسئله لا تحصل الرجعه
عندنا الا بصريح القول على ما نطق به القرآن في
حق القادر على النطق وبالاشاره عند العجز عن القول
كالنكاح سواء وقال ابو حنيفه رحمه الله
تحصل بالقول والفعل فتحصل بالوطي وقصد الرجعه
بقصد والنظر الى الفرج واللمس والقبله بشهوه فاما

اذا كان بغير شهوه فانه لا يقع به الرجعه ولا تحصل بالخلوه
الا قصد بها الارتجاع ومعنى حصول الرجعه عندهم
ارتفاع تحريم الخلوه والمسافره بها واعلم ان هذه المسئله
فرع المسئله السالفه من حيث ان الرجعيه محرمه الوطي
عندنا فكان اعاده للحل فناه لا انشا في اشتراط القول
وعندهم لم يحرم وطيها وانما الملك اشفى على الزوال
فاشبهت الجاريه المبيعه في مده الخيار فانها تعود
بالقول مره وبالوطي اخرى اعني اذا وطيها البايع فانه
يكون فسخا قالوا ووجه التشبيه بينهما انه استدراك
مستدرك اشفى على الزوال ونحن نقول هذا اصل الخصم
مسئلتنا به وها هنا اصل اخر في معارضته لا يحصل
الارتجاع فيه بالوطي وهو في الجاريه الموهوبه فانها لو اوهبت
اذا وهب ممن يملك الارتجاع عليه ثم وطيها في يد المتهب
لم يكن ذلك ارتجاعا لها الى ملكه ومسئلتنا بهذه المسئله اشبه
من حيث ان الارتجاع في مسئلتنا لا يرفع السبب ولا يزيله

ولا نعطع مابه حصل الحلل وهو الطلاق فانه باق
ولم يرتفع فكان الارتجاع مع قيام الطلاق الذي هو السبب
للزوال على خلاف القياس وكذلك ارتجاع الموهوبة
فانه ثبت ايضا على خلاف القياس لان ملكه زال وارتفع
الحل وارتجاعها بعد ذلك الى ملكه بمجرد قوله امر لا تقتضيه
القياس بخلاف وطي الجاريه المبيعه في مدة الخيار فانه
حصل به الاستدراك على وفق القياس من حيث ان
الخيار هو الذي اثبت الحل فكان الرجعه الاستدراك
مزيلا للسبب من اصله فارتفع الخيار وانفسخ البيع
فعادت الجاريه الى ما كانت فارتجاع المنكوحه شبيها
بارتجاع الموهوبه فان قيل ان القصد امر كامن لا يوقف
عليه وانما يتوصل اليه بالدلالات اليه والوطي ابلغ منه قلنا
الوطي يكون دلالة ابلغ منه قلنا الوطي يكون دلالة اذا لم
تعارضه سبب اخر على نقيضه يدل على انه لا اراده اصلا
وهو اذا نزلت اليه وهو نايم او وطيها يعتقدها ايضا

طليقته الاولى او اجنبيه ومعلوم ان الرضا والاكراه
فرع العلم وتبع له من لا يعلمها كيف يتصور انه يرتضيها او يقصد
فدل ان هذا كلام لا فقه فيه مسـئله اذا الى
من زوجته بان قال لها والله لا وطيتك ابدا او لا وطيتك
اكثر من اربعة اشهر فعندنا يضرب له اربعة اشهر
فان فا اليها والا يقال له بعد مضي اربعة اشهر اما ان
تفي اليها او تطلقها فان لم يف كيف تطلق فيه وجهان
احدهما يجبر على الطلاق والثاني يطلق الحاكم عليه
وقال ابو حنيفه رحمه الله يضرب له مدة
اربعة اشهر فان فا اليها في مدة والا وقع الطلاق
عقيب انقضا المدة شرعا بائنا وما خذ النظر ان مدة
الايلا حق للزوج عندنا لا يتوجه عليه ايلا وما خذ
النظر ان مدة الايلا حق للزوج عندنا لا يتوجه عليه
المطالبه فيها ولا هي محل للفيه ولا للطلاق فاذا انقضت
حلت المطالبه عليه فيوقف ويطالب بالفيه وهو

الجماع او الطلاق لانه ان وطي في المده يكون قد اوفى
الحق ولكنه قدمه على وقته كالدين المؤجل ان وطي في المده
يكون قد اوفى الحق ولكنه قدمه على وقته كالدين المؤجل
واستدل الشافعي على ذلك بقوله تعالى للذين يؤلون
من نسائهم تربص اربعة اشهر فان اضاف المده الى
المولي وجعلها له فيجب ان لا يطالب فيها بشي ولا يستحق
الا بعد انقضا الاجل لان المده لمن عليه الدين كذلك هاهنا
المده للمولي فكانت المطالبه بعدها وقال ابو حنيفه
المده اعني الاربعه الاشهر محل للفيه والطلاق انه
متى طلق او وطي يكون قد اتى بذلك في محله فاذا انقضت
المده ولم يطا طلقت المراه طلقه باينه وشبهوا ذلك
بالطلاق وقالوا هذا اللفظ يقتضي وقوع الطلاق
بنفسه من حيث انه مضاد للنكاح مناقض لموضعه
لانه حلف ان لا يطاها ورفع الحل ومعلوم ان حكم النكاح
الاصلي هو الحل فاذا رفعه بقوله وحلف على تركه
كان

كان يجب ان تثبت البينونه عقيب انقضايها كما في الطلاق ق
فان القياس يقتضي ثبات النكاح به في الحال لانه استيفا ط
حق وهو المنافي للنكاح غير ان الشرع ضرب فيه مده واجلا
رحمة لهم فاذا انقضت وقعت البينونه عقيبه
كذلك هاهنا ونحن نقول هذا فاسد قطعا
فان الطلاق اما ان يقع بصريح او كنايه اما الصريح فالفاظ منه
محصوره ليس الايلا واحدا منها واما الكنايه فليس
الايلا ايضا من جملتها لوجهين احدهما ان الكنايه اذا
نوى بها الطلاق يحل الوقوع في الحال وهاهنا ان نوى ي
الطلاق لا يقع في الحال الثاني ان الكنايه تفتقر
الى نيه وهاهنا لا يحتاج عندكم الى نيه عقيب انقضا
المده واذا بطل ان يكون كنايه وبطل ان يكون صريحا
والطلاق منحصر في هذين الطريقين لم نقل بايقاع الطلا ق
وجه قولهم انه رفع الحل المقصود بالنكاح قلنا باطل
فان قوله والله لا وطينك ليس رافعا للحل من المحل بل

بل الحل وانه لا ينتفع بقوله وغايته ما وجد منه الانكاف
والامتناع من الوطي وانما رفع الحل الى الشرع لا اليه
والشرع ما ازال الحل بقوله والله لا وطيتك كما في قوله
والله لا اكلت الطعام بل الوطي الى اختياره والحكم
ثابت بحاله فصوبمنا به فيما لو قال والله لا انفقت عليك
والله لا كسوتك واذا قصد الاضرار بها فان كان له
مال اخذ منه الحاكم وانفق عليها وكساها فان تعذر
ذلك فعندنا لها ان تفسخ النكاح وعندكم رع
بيه عنها قولهم ان مدة الايلا كمدة الطلاق باطل
لان مدة الايلا مدة تربص لا يحتسب بها
عن البينونة بخلاف العدة المتعقبة للطلاق فانها
للبينونة مدة تربص فانه يحتسب بها عن البينونة
وربما احتجوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما الايلا
طلاق جاهلي فزاد الشرع فيه اجلا قلنا قوله طلاق
جاهلي لا نعم بل يجب ان يكون طلاقا اسلاميا وقولهم

زاد فيه اجلا هذا من قوله وقول الواحد من الصحابة لا حجة
فيه على انه معارض بما روي للشافعي عن سليمان بن يسار
قال ادركت بضعة عشر نفسا من الصحابة كلهم
يوجبون على المولي بعد مضي اربعة اشهر اما ان يفي او
يطلق

مسئلة الظهار

ظهار الذمي صحيح عندنا ويتعلق به من الحكم ما يتعلق بظهار
المسلم ويكفر بالاعتاق والطعام ولا يكفر بالصيام لانه
لا يتصور منه وقال ابو حنيفة لا يصح منه الظهار
ولا التكفير عنه ومعنى الظهار تشبيه المحللة
بالمحرمة بصيغة مخصوصة واما العود فقد اتفقنا
على ان معناه نقض الظهار واختلفنا فيما يحصل به النقض
فعندنا امساكها بعد التلفظ بالظهار زمانا يسع الطلاق و
من غير ايقاع طلاق فانه قد يكون كذب في تشبيهه لمناقضة
قوله فعله وعندهم يحصل بالعزم على الوطي وللمسالة ماخذان
ان حكم الظهار عندنا تحريم المنكوحة عليه تحريما مطلقا

والكفاره موجب العقود لكونها رافعه للتحريم المطلق
الذي اقتضاها لسبب بعت الاطلاق حتى لو طلق
عقيب الظهار فان الكفاره لا تجب اجماعا ثم اذا صار
عايدا او لزمته الكفاره يحرم عليه الوطء حتى يكفر لقوله
تعالى من قبل ان يتماسا والدليل على ان حكم الظهار
التحريم المطلق انه لو وطي قبل الكفاره فقد فات وصف
التقديم على المسيس ولم يبق للكفاره بعد المسيس فائدة
تقتضي بكون المسيس محرما الى حين اداء الذمه من الكفاره
فدل ان الكفاره رافعه تحريم الظهار واذا ثبت ان
حكم الظهار التحريم فالذمي اهل للتحريم المطلق بدليل
الحكم والحقيقه اما الحكم فلان الكفر حرام عليه اجماعا
وكذلك الزنا والقتل وساير الجنايات واما الحقيقه
هو ان الشرع التحريم للزجر عاجلا وللماثم اجلا
والذمي اهل لهما بدليل اصل التكليف وقال
ابو حنيفه حكم الظهار وموجبه تحريم موقت ينتهي

باخراج الكفاره ولو صح من الكافر كانت الحرمه غير
موقته لكون الكفاره لا تصح منه واستدل على الدعوى الاولى وهي
بحديث سلمه بن صخر البياضي رضي الله عنه حين ظاهر
عن امراته وراها في ليله قمرا فلم يتمالك حتى واقعها فذكر ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال استغفر الله ولا تعد حتى
تكفر وكلمه حتى لانتهاء الغايه فدل ان المسيس لم يحصل التحريم يحرم
الا الى هذه الغايه فصار كتملك المنافع في الاجاره
واما بيان ان الذمي ليس من اهله هو ان الكفاره عباده
والكافر ليس اهلا للعباده لوجهين احدهما افتقارها ها
وحقيقته التي لا يخلو عنه بدله وجبله والصوم
عباده محضه [illegible] عن هذا الماخذ
من وجهين احدهما انا نمنع دعوى انتهاء بلا انها
وكلمه حتى كما يستعمل لانتهاء الغايه يستعمل الا انها ع
الحكم لشرط وقاطع كما في قوله تعالى حتى يغتسلوا فانها
ليست للغايه بل معناها حتى يزيلوا الجنابه بالغسل

وقولهم ان الكفاره عباده قلنا لا نسلم بل هي غرامه
واما النيه فلتشترط فيها لا للتقرب بل للتمييز والتعيين
كما في كتاب الطلاق فان الرجل قد يعتق متبرعا وقد
يعتق عن الكفاره واداء جهه الكفاره نكفي وكما
قلتم في جزاء الصيد يجب فيه النيه للتعيين وقولهم ان الصوم
بدل فيه قلنا لا جرم لا يخلو عنه بدله ومبدله
وقولهم انه عباده محضه قلنا لا نسلم انه شرع هاهنا بجهه
كونه عباده بل دخل في باب الكفاره من حيث
انه سبب الكلفه والمشقه فان تتابعه شهرين بالصوم
الكلف والمشاق ثم المشقه في الاعتاق اعظم
من الصيام وفي الاطعام انقص من الصيام فلا جرم
توسط الصيام بينهما فكان بدلا عن الاعتاق مبدلا
عن الاطعام الوجه الثاني عن اصل الكلام
انه يبطل بالايلا فانه صح مع تعقيبه بالكفاره الماخذ
الثاني وقولهم سلمنا ان موجبه التحريم المطلق لكنه

من فروع الشرع والذي لا يمكن خطابه بفروع الشرع
لانه لا يمكنه اقامه الفروع الا بعد احكام وهذه
مسئله اصوليه مشهوره واقرب دليل على بطلانه
هاهنا ان الحربي يستحل امه وقد قلتم بصحه ظهاره
فكيف يكون قوله انت علي كظهر امي محرما في حقه
والجواب من وجهين احدهما ان جميع
ما ذكروه باطل بحرمه الايلا والطلاق والخلع والعده
والحيض والمصاهره والحرمه المغلظه بالطلقات الثلث
فان جميع هذه التحريمات ثابته في حق الذمي حسب
ثبوتها في حق المسلم اجماعا الثاني ان دليل القبول
قائم فيلزمه القبول كاصل الاسلام وقولهم انه لا يمكنهم
اقامه الفروع الا بعد احكام الاصول قلنا لا جرم يلزمهم
الفروع بشروط تقدم الاصول كالمحدث يومر بالصلوه
بشرط تقديم الطهاره وهذا لان المقتضي خطابهم بالامر
كونهم قادرين بشرط تقدم الطهاره وهذا لان المقتضي

بخطابهم الاصول لكونهم فاهمين للخطاب
قادرين على الامتثال وهو مخصوص في الفروع ويشهد له
نص قوله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك
من المصلين ولم نك نطعم المسكين وكنا نخوض مع
الخائضين نعم انهم عوقبوا على ترك الصلوة والزكوة ولهم
ان المجوسي يستحل امه فلا يحرم في حقه الظهار قلنا لا عبرة
باعتقاده بل الاعتبار بوضع الشرع والام محرمة شرعا
اعتقد ذلك معتقد او لم يعتقد الا ترى انا لا نقره على
نكاح محارمه اذا اسلم ولا يعتبر اعتقاده كذلك ههنا
[illegible] اعتاق الرقبة الكافرة لا يجزي في هذه
الظهار ولا غيرها من الكفارات عندنا خلافا لابي
حنيفة رحمه الله فانه قال الايمان شرط في كفارة
القتل فحسب ومأخذ النظر ان الزيادة على النص المطلق
عندنا بيان للمراد المطلق فليس في اشتراط الايمان في هذه
الظهار نسخ بما دل الكتاب على اجابه من حيث ان وجوب

الاعتاق في حق المعتق ابتلاء وفي حق المعتق رفيه وانعام
وتوسيع واكرام من المعتق فاذا اذكر الانعام مقرونا
الاسلام ظهر بينهما وجه الالتيام وبان ان المطلوب
في حق المعتق الابتلاء مقيد بقيد الايمان وان الكافر
ليس اهلا لان يكون مصرفا لحقوق الله تعالى وزعمت
الحنفية ان المامور به في الكتاب تحرير رقبة
مطلقة فاثبات قيد الايمان زيادة على النص المطلق وهو
نسخ فيمتنع بالقياس وقرروا هذا بان الاطلاق مقصود
الكلام كالتقييد فكما لا يرتفع مقيده بالاطلاق لا يرتفع
مطلقه بالتقييد قالوا ولا يلزم على هذا الاشتراط
السلامة فان المطلق محمول على الكامل والعيب نقصان
للاجزاء المحسوسة من المآخذ التي كانت الرقبة
اسما لمجموعها وزوال العقل والبصر وسائر القوى
ملحق بالاجزاء بدليل نقصان ضمانها عن نقد ضمانها
كاملة لا يلزم الزيد فانه هالك حكما فيكون موجودا

من وجه به والمطلق يعني موجود من كل وجه اما
الايمان ففضيله رايده على كمال الذات كالعلوم
والآداب فاشتراطهما يكون زياده في الكلام
ولئن [illegible] هو انا لا اسلم ان اشتراط قيد الايمان
نسخ فان النسخ اثبات ما دل الكتاب على نفيه
او نفي ما دل على ثبوته والايمان مسكوت عنه في كفاره
اليمين والظهار فلم يكن اثباته نسخا بل هو ضم دليل الى دليل
واعمالهما في محل الحكم جميعا نعم لو عرف ان المطلق
اريد اطلاقه ونفي القيد عنه امتنع تقييده بالقياس
ولم يثبت ذلك فكان اثبات الايمان بيانا لا نسخا
ثم ينتقض جميع ما ذكروه بمسائل التقييد فان مطلق
لفظ الرقبه ينطلق على المحبس والمجنون والمدبر
حتى لو قال رقاب احرار عتق جميعهم وكلها قيود اثبتها
الادله فكذلك وصف الايمان وقولهم ان المطلق في كل جنس
ينصرف الى الكامل من ذلك الجنس قلنا لا نسلم بل

الاطلاق ينصرف الى السليمه والمعيبه بقولك رقبه كقولك
انسان يقع على الرجل والمراه والكامل والناقص ويدل عليه
الاحكام فانه لو قال لوكيله اشتر لي رقبه فاشترى
له رقبه معيبه صح بثمن المثل وعندهم باي ثمن كان وكذا
لو حلف لا اعتق او ما رايت رقبه وقع ذلك على السليمه
والمعيبه [illegible] اذا اشترى اباه على نيه
الكفاره لم يجز به عن الكفاره عندنا خلافا لابي
حنيفه رحمه الله فانه قال يجزيه وماخذ النظر ان
سبب حصول العتق عندنا القرابه السابقه والشرا
شرط يمهد لمحل العتق هو الملك كالاحصان مع الزنا
وتقرير الماخذ ان القرابه ثم سبب العتق والعتق
يصلح ان يكون حكما كرامه للقريب ومجازاه له
على حقوقه فان الاعتاق صله وانعام وارفاق
واكرام والقرابه محل الصله والانعام والمجازاه ٥
بالحسنى فان حرمه الولاده يليق بها المجازاه بالعتق

على ما نطق به النص عن ان الشرط حصول العتق الملك فالملك
عند حصوله يقع مقرونا بالسبب المفضي للعتق فيحصل العتق
معه بالقرابة ولا يكون الشرا اعتاقا والتحقيق فيه هو ان
الواجب عليه التحرير فالتحرير عبارة عن ايجاد علة الحرية
لا عن ايجاد شرطه وزعمت الحنفية ان حصول العتق هو
الشرا والقرابة شرط واحتجوا في ذلك بالنص والحكم والمعنى
اما النص فقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده
حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه سماه معتقا ولم
يسمى بعد الشرا اعتاقا فدل انه معتق بنفس الشرا
معناه حتى يعتقه بالشرا كما يقال حتى يطعمه فيشبعه
اي بالاطعام واما الحكم فثبوت الولا للمشتري
والولا الا لمن اعتق قال عليه السلم وانما
الولا لمن اعتق واما المعنى هو ان من اشترى اباه او
قريبا سواه وقد علم ان العتق حصته واما المعنى هو
ان من اشترى اباه فقد اتى بغاية ما في وسعه ولا يقدر

على اكثر من ذلك فهو كمن قرب القطن من النار فانه
يسمى محرقا لان الله تعالى قد اجرى العادة بان النار
تحرقه لما يقاربه فاذا قرب اليها ما تحرقه عد محرقا
ومهلكا حتى يجب عليه الضمان وكذا من قطع خيط
القنديل وتكسر عد متلفا لان في العادة ان الخيط
اذا قطع وقع القنديل وتكسر كذلك هذا المشتري
لابيه لما كان بنفس الشرا يحصل العتق شرعا سمي معتقا
بشراه ويدل على انه لو اشترى نصف ابيه لا يعتق عليه
ولا يغرم شيئا لانه لا يحصل بسببه واختياره والجواب
نقول لسنا نسلم انه معتق للشرا وتسميته معتقا
في الحديث مجاز على انه يوصل الى عتقه بشرايه
وصاحب الشرط قد يسمى فاعلا مجازا كما يسمى حافر
البير قاتلا مجازا ودليل المجاز صحة اشتراط الخيار
واما الولا فهو حكم العتق لا حكم الاعتاق بدليل
الطفل اذا ورث اباه ومن ورث قريبه وهو نائم

فانه يعتق عليه فكان لولا انه مرغ عن اعتاق ملك ان العتق
في الغالب لا يحصل الا بالاعتاق فاخرج النبي صلى
الله عليه وسلم كلامه مخرج الغالب المعتاد حيث
قال الولا لمن اعتق والجواب عن المعنى
انا لا ننازعكم في ذلك ولكن الشرى سبب للعتق فانه
ممهد سبب العتق موصل اليه على انه لو قطع العتق
عن القرابه وهي السبب السابق لاول تمييزا لعله
عن الشرط انما يثبت بالمناسبه والتاثير وعليه
عول في تمييز الزنا عن الاحصان والتعليق عن الصفه
والتردد به عن حفر البير والقرابه مناسبه موثر
بالاتفاق فانها وصله والعتق مكرمه وصله والقرابه
وصليه متقاضيه بحكم العاده للصله فكيف لا يتقاضى
دفع يد الاذلال والارقاق فحصل العتق بهذه المناسبه
اما الشرا فهو سبب للملك والملك بعينه لا ينافي
لا يناسب زوال نفسه والمعتق يعني زوال الملك

ومثبت الشي بجواز البقى سبب بقايه فاما ان يحصل
سبب فنايه في عينه فهو محال بل لا بد فان يحال فناو
وانقطاعه على سبب من خارج زايد على ذات الزايل
بالضرورة وهو القرابه واما الشرايه فانه ينبني ل
العزم وامكان العزم يتعلق بالشرط المحض وكذلك وجب
الضمان على حافر البير فانه ليس يشترط فيه الاختيار رها
ولكن في هذا الفعل اختيار من حيث انه اقدم على الشرا
الذي هو شرط ثم تعارض هذا الحكم نصحه اشتراط
الخيار فيه مع ان العتق لا يثبت الخيار
حد القذف يورث عندنا ويسقط باسقاط المقذ و
وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يورث ولا يسقط
باسقاط المقذوف ومأخذ النظر ان المغلب فيه عند نا
حق الادمي وعندهم حق الله تعالى بعد الاتفاق على
اشتماله على الشايبين انما اشتماله على الشايبين من
حيث ان القذف جنايه على عرضه وهو حق الادمي

وهو في نفسه فاحشه قبيحه عرفا وشرعا سمي
هتك حرمه القاذف في نفسه كما ان السرقه جنايه
على حق ادمي وهي في نفسها فاحشه قبيحه توجب هتك
حرمه السارق نفسه بطلبه ورد له الفاحشه
وكما ان الجنايه على الدم جنايه على حق الادمي
وعلى حق الله تعالى بهدم بنيه محترمه لله وللادمي
الا ان الشرع ميز في باب الدم الواجب لحق الله
عن الواجب لحق الادمي فاوجب الكفاره والقصاص
او الديه وصارت الكفاره محض حق الله في مقابله الجنايه
على حق الله وصارت القصاص او الديه محض حق
الادمي وفي السرقه ميز الواجب اذا اوجب رد
المال حقا لحق الادمي كما في الغصب والاتلاف
واوجب القطع محضا لحق الله مجازاه على مفارقه
الفاحشه المستقبحه عرفا وشرعا وحد الزنا والشرب
وجب محضا لحق الله فانهما وحيا مع سقوط

حق المزني عليه بها لمطاوعتها بل وجب عليها ايضا
ووجب على من شرب حرم نفسه وفي القذف لم يبين
الشرع من ما يجب للادمي جبرا لحقه ومن ما يجب
لله جزاء على الفاحشه لحق الله وجبرا لحق الادمي
من حيث ان العرض انثلم بسبب القذف وحصل
للحد التكذيب ودحض العار واعاده صيانه
العرض فكان الحد منقسما للمعنيين من حيث
الحقيقه واما بيان تغليب حق الادمي فيه فهو ان
نقول وقع الاتفاق على ان القصاص فيه الحقان
حق الله وحق الادمي والمعنيان جميعا معتبران شرعا
فيما فيه من معنى الردع والزجر والمصلحه العامه
والمنفعه الكليه صار فيه حق الله تعالى اذ المصلحه
العامه والمعاني الكليه لا يشرع لاجل الافراد
ويدل عليه انا قلنا الجماعه بالواحد تحقيقا لهذا المعنى
ومع هذا فالمغلب في القصاص حق الادمي حتى يسقط

باسقاطه فراينا ان المعنى الذي اوجب التغليب هناك
ان في استيفا القصاص يحصل له التشفي ودرك الثار
وذلك انه اذا قتل القتيل حصل في قلب وليه وعشيرته
من اشتعال نيران الغضب وتوقد الغيظ والحنق
ما لا تطفي ناره الا بقتل قاتله فكان خصوص هذه
المنفعة اشد اقتضا من الجهة العامة المنسوبة
الى الله تعالى فجعل الشرع له طريقا الى شفي غيظه
واطفا وقد قلبه فصار بهذا الطريق حقا له
ان شا استوفاه وان شا عفى عنه وهذا المعنى
موجود في الحد فانه لما قذفه اضرم في قلبه
نيران الغضب واخذبه ولم جاهه ونكس راسه
فالشرع جعل له طريقا الى ان يشفي غيظه ويوطه
كما لله فان القذف والعيب في جرح النفوس ما يزيد
على جرح الابر وجرح السيوف قال الشاعر
جراحات السيوف لها التيام ولا يلتام ما جرح

واذا كان ما جرح قلبه الم من جرح سيفه جعل
الشرع له طريقا الى ان يشفي ويزيل حرارات نفسه
وحسايك صدره فكان الغالب عليه حقه كما في
القصاص بخلاف حد الزنا فانه لم يجب لمعنى يعود
الى الادمي ولا له فيه منفعة خاص يختص به دون
سائر الناس فتمحض حقا لله تعالى وكذلك الحد
في السرقة فانه يرد المال الى مالكه بجملته ورمته
ثم يقطع فالمغلب فيه الزجر العام العايد الى جميع
الخلق ولهذا لم يسقط باسقاطه مسئلة العدتان
من رجلين لا يتداخلان عندنا خلافا لهم وصورة
المسئلة ما اذا طلقها زوجها ووطيها بالشبهة واطـ
في العدة او وطيت في النكاح بشبهة فطلقها الزوج
في العدة وضابط المذهب من جانبنا ان العدتين
اذا كانتا بالاقرا او بالاشهر فالسابقة اذاهي ابقى بقيه
وجوبا ايهما كانت وان كانت احداهما بالحمل فهي السابقة

اذا كانت سابقه او لاحقه ثم يعود الى الاقرا
ومذهب الخصم فيما اذا كانت سابقه او لاحقه
ثم يعود الى الاقرا ومذهب الخصم فيما اذا كانت بالاقرا
او بالاشهر ان يلتقي العده الثانيه عنهما جميعا ويدخل
القدر المشترك تحتها واذا كانت احداهما بالحمل
انها كانت انقضت العدتان بوضعها والمذهب
الصحيح عندنا تداخل العدتين فيما اذا كانتا من جنس
واحد وللمسله ما خذان احدهما ان العده
عباره عن فعل الكف كالصوم ولا يعقل فعلان متماثلان
في زمان واحد من شخص واحد كصومين او صلاتين
وكما لا يعقل في المعقول اجتماع سوادين او بياضين
في محل واحد وعندهم هي من قبيل النزول ويتصور
ترك افعال عليه في زمان واحد ودليل كونها
فعلا الكتاب والسنه والاجماع اما الكتاب
فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن

١٦٦

معناه يكففن انفسهن لان الفعل اللازم يعدى بحرف
الجر وهو جر معناه الامر كقوله تعالى فتحرير رقبه
وكذلك قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن فما لكم عليهن من عده تعتدونها
وكلمه على الايجاب والايجاب انما يتعلق بالفعل
واما السنه فما روي عنه عليه السلم انه قال
لسوده حين طلقها اعتدي وكل ذلك اشاره
الى طلب فعل منها غير ان ذلك الفعل هو الكف
والامساك عن امور وجبت تعبدا لله تعالى كالصوم
بعينه لا يفارقه الا فيما عنه الكف فانه جماع ونكاح
وتطيب وخروج وزينه وفي الصوم اكل وجماع فقط
ويخالفه في المده فان ذلك يقتضي اذا تبدل بياض
النهار بسواد الليل وهذه تقضي اذا تعاقب
ثلث من الاقرا وجميعها لاثنا ويخالفه في ان ذلك
يفتقر الى النيه وهذا العلبه حق لادمي عليه

لم يفتقر الى نيه وهذا لغلبه حق الادمي عليه
وكل ذلك اختلاف يرجع الى مده الكف وشرطها
وما عنه الكف ولا يرجع الى نفس الكف
والامساك واما الاجماع فان الامه اجمعت على
وجوب العده فانها تفعل التربص مده من الزمان
ومساق ما ذكرتموه يقتضي ان العده غير واجبه
فان قالوا وهو ما حدثتم لا نسلم ان نفس الكف
مقصود بالايجاب من العده بل المقصود منها ترك
محظورات وهي النكاح والجماع والطيب
والزينه والبروز الى مضي الاجل ودليله امران
احدهما ان الفعل لو كان مقصودا لما انقضت
العده مع عدم علمها بالطلاق ولا خلاف انها لو لم تشعر
بالطلاق والوفاه حتى انقضت المده وهي خارجه
متطيبه متزينه انقضت العده الثاني ان الفعل
لو كان الفعل مقصودا لما وجبت على الصبيه والذميه

فان العبادات لا تجب عليهما واذا ثبت ان المقصود
هو الترك فتلك اشيا متعدده في وقت واحد
غير ممتنع فان الانسان لا يمكنه الجمع بين الصلوه والزكاه
فعلا ويمكنه الجمع بينهما في الترك فيكون النكاح
حراما عليها لعلتين او في العدتين كما يحرم على المراه
الجماع بالصوم والاحرام والحيض فيتادى الانتها
عن الكل في حاله واحده بخلاف الصوم فان
المقصود به الابتلا بمخالفه النفس وكسرها
عن شهواتها وذلك فعل والابتلا الحاصل في زمان
لا يمكن ان يكون حاصلا في زمانين بخلاف ترك المحظورات
في زمان واحد على ما سبق والجواب
عن الاول ان جميع ما ذكرتموه يبطل بالصوم فانه
يمكن ان يقال المقصود منه ان لا ياكل ولا يشرب
ولا يجامع واستدل عليه بانه لو نوى ليلا وغمي

اليوم حتى انقضى انها دصح صومه وان كان الفعل مقصودًا
لما صح ولكن قيل ان المقصود منه الفعل لانه
يعتد به بصيغه الامر لا بصيغه النهي فهم منه ان
الكف والامساك مامور به وقد قال هاهنا
والمطلقات يتربصن بانفسهن التربص فعل الكف
ولا يوصف به الا من يصدر منه الفعل الصوم
قولهم ان العده تنقضي مع كونها خارجه متنطيه
عن عالمه بالطلاق والوفاه قلنا الاصل في العده
الكف عن الجماع فان كانت مجامعه لم تنقض ما الحرج
والتطيب والتزين فتحريمه عندنا تابع في الكف
كما انه تابع عندهم في التراك وكان ترك الغيبه
تابع في الصوم وكذا ترك الصيد واللبس في الحج قولهم
لو كان الفعل مقصودًا لما وجب على الصبيه والذميه
كسائر العبادات قلنا العده ليست عباده بل

بل تجب للادمي ولله تعالى فيها حق ومثل هذا
الوجوب لا ينافيه الصبي ودليله النهي عندكم
فانه ثابت من العده والصبي ما في التكليف نهيا
وادرا وقد ثبت في حق الصبيه التي هي بنت سعيد ها
اذا مات عنها زوجها حتى حرم تزويجها قبل انقضا
عدتها الماخذ الثاني ان المغلب عندنا في العده
معنى التعبد وكذلك تجب مع حمل الثاني ان
المغلب عندنا في العده معنى التعبد وكذلك
تجب مع تيقن براه الرحم كما لو علق طلاقها على الولاد ٥
والمغلب فيها عندهم معنى الاستبرا واحتجوا في ذلك
ان العده لا يراد بعينها وذاتها وانما يراد للدلاله
على براه الرحم واقصر ما وضعه الشرع دلاله على براه
الرحم ثلاثه اقرا وقد حصلت وانقضى جميع الاول
والثاني ولا فايده في تعداد الاقرا ونحن نقول لا نكران
براه الرحم مقصود لكنه عن مجرد بل معه تعبد

لا يعقل معناه بدليل ما لو علق طلاقها على رؤيه الرحم
فان العده تجب بعده فدار نظر على الجمع من التعبيد
والبراه والتربص الكف ولانتهائها الى مده ونظر كم
ينتهي الى ابطال الاصل وتجريد الترك المحض وهو تحكم
محل التعبد وكان الاختيار على الاصل وسلوك مسلك
الاحتياط اولى [illegible] الاعتبار بنفقه
الزوجه تثبت لها حق الفسخ على القول الصحيح
عندنا فيرفع الامر الى الحاكم حتى يفسخ وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا تثبت لها تسوى القدره على
مفارقه المنزل والخروج للاكتساب فيومر الزوج
برفع يده عنها حتى تمضي وتكتسب وليس لها ان
تفسخ النكاح اصلا بل يقال لها استدني عليه
وماخذ النظر ان النفقه عندنا اصل مقصود
بالنكاح من جانب الزوجه كما ان الوطي اصل
مقصود بالنكاح من الجانبين والسوفيه هو

ان النكاح شرع لامتناع الزوج والزوجه والا صل
في النساء سرا وشرعا افتقارهن الى قوام يمونهن
وكذلك اقام حالها مقام عين الحاجه واثبت
لها النفقه وان كانت موسره وقد صار بها
كالعدم وان كانت معسره ففي تقييدها بالنكا ح
دون النفقه اهلاك هو فوق فوات الوطي قطعا
واحالتها على مس المال غايه الاجحاف فان مس
المال لا ينفع في كل حين والغالب عدمه وعدم
فهو منفق نعم لا تثبت النفقه كل المقصود ولا
يشترط ذلك للفسخ بدليل الوطي فانه ليس كل
المقصود ولا المقصود الاصلي بدليل بقاء العقد
للرتقاء على المجبوب وانعقاد ابدا ولا يتصور دوام
العقد بالتوابع وزعمت الحنفيه ان النفقه
ليست اصلا مقصودا في النكاح بل هي تابعه
من حيث ان العقد لم ينعقد لطلب المال وانما

عقد لمقاصده وثمراته المختصه به من التمكن
والازدواج والعشرة وطلب الولد والالك
تابع لهذه المقاصد ورفع العقد انما يشرع لخلله
ما وضع له العقد لا لما هو تابع فيه وانما يقبل
الفسخ فيما اذا فات مقصوده اصلاً وهو الحل
بان يطرى رده او رضاع او يفوت التمكن به
كما اذا خالفت زوجها مجبوبا او عنينا وقرروا
هذا بان النفقه حيث وجب لها انما وجب
لكون الزوج حبسها والزمها الاحتجاب عن الرجال
لينعكف على اشغاله وقضا حقوقه خاليه البال
فكان حقها عليه القيام بمونتها والاهتمام بكفايتها
لكون ذلك بازاء ما فوتها من مكاسبها
وما صدها عنه من الاعتياش في اسباب المعاش
فاذا اعسر بنفقتها زال حبسها فاما ان يقتضي
ذلك رفع النكاح اصلا وهل هذا عليه

عليه كلامهم والجواب عنه ما استلفتناه
في تقرير ماخذنا والذي نزيده هنا ان يقول وقع
الاتفاق على ثبوت خيار التفريق بجب الرجل وعنته
فغلب على الظن ان شرع الخيار هناك كان دفعا
للضرر عنها لفوات ما ظهر كونه مقصودا متحتما
بالعقد وتعذر القوت المتحتم اعظم ضررا لما فيه
من خطر هلاك المهجه وتعذر الصبر عنه بخلاف
الجماع فان الصبر عنه ممكن بل معتاد في حق الرجال
والنسا واذا ثبت التفريق لدفع ادنى الضررين
فلان يثبت لدفع اعلاهما كان اولى مسئله
نفقه الزوجه مقدره عندنا على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره فعلى الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى
المتوسط مد ونصف ومستند هذا التقدير
ان الله تعالى ذكر النفقه وانها تختلف
الاعتبار باليسار ولم يوجد ذلك فلا بد له

من اصل بها س عليه اشبه الاشيا به الكفاره
لا بها طعام يتشبه به اكله والجوعه ثم وجدنا
اعلى الكفارات مدين وهي فديه الاذى وادناها
مد وفي ساير الكفارات فجعلنا النفقه كذلك
واما نفقه المتوسط التي لم يدل عليها نص الكتاب
فاثبتناها بالاجتهاد وقلنا المتوسط حاله
اعلى من حاله المعسر وادنى من حاله الموسر
فجعلنا نفقته مدا ونصفا وقال ابو حنيفه
رحمه الله نفقه الزوجه غير مقدره وانما
الواجب كفايتها فان كانت رغيبه فما
يكفيها وان كانت زهيده متقنعه فما يكفيها
فيجتهد القاضي رايه ولا خلاف ان نفقه القريب
غير مقدره بل يجب كفايته ومأخذ النظر
يتردد المسئله من اصلين غير مقدره بل يجب كفايته
وهما نفقه القريب والاطعام في الكفارات

فالشافعي يقول لا تقدير في النفقه ولا بد من التقدير
فهو ضروره الاثبات في الذمه ودواعي الغذا بتفاوت
المزاج والمطلع عليها رب الارباب فما راه الرب تعالى
كفايه في حق كل شخص فهو اعرف به من القاضي
لا محاله ومظان الحالات يجمعها الضوابط اذا وجدت
ولا بد للقاضي من مسلك في التقدير وتقدير الله اولى
من تقدير القاضي فليترك القاضي خطر التخمين والتحري
في معرفه كفايه العباد فان الله قد كفاه فليتخذ
الاقصى والادنى والوسط اسوته ليستفيد به الخلاص
عن الخطر في تقدير ما لا يعرف ويستفيد به الفرق بين
الموسر والمعسر كما قال الله تعالى وابو حنيفه
يقول اذا لم يكن نفقه الازدواج مقدره شرعا بل لا بد
من نوع اجتهاد ودعا الى الاولى فاولى الاصول بها
نفقه القريب وقد قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف فجعل ضابطها قدر الكفايه بموجب

العرف والعاده اما الكفارات فجنس اخر من الاحكام
شرعت ماحية للسيات ولجرائم الموجبات فهي تتقدر
بقدر الجريمة فكيف يتعرف منها مقدار النفقة [illegible]
قلنا هاهنا مذهبان لا ثالث لهما فاذا ابطلنا احدهما
تعين الاخر فابو حنيفة يقول تجب الكفاية والشافعي
يقول هي مقدره فيقول لو كان الواجب كفاية الزوجة
لكان ينبغي اذا شبعت من موضع اخر وكانت ذا غنى
وثروه انه لا تجب نفقتها على الزوج كما في حق القريب
اذا شبع او استغنى فلما وجبت نفقتها بكل حال دل انه ليس
المعتبر في نفقتها حسب كفايتها وقولهم ان الكفارات
جنس اخر قلنا نحن الحقنا مسئلتنا بالكفاره
وشبهناها بها من وجه واحد وهو انها تثبت بتا
في الحاجة الاصلية العامة لا في حاجة خاصة والقياس
على ضربين قياس اصلي كلي وقياس ضروري اما القياس
اما القياس الكلي فيعتبر فيه التساوي في السبب

والمعنى اما القياس الضروري فيعتبر التساوي في
المعنى لا في السبب وهذا القياس الذي ذكرناه قياس
ضروري وذلك انا لما اعتبرنا ما يقابله رايناه باطلا
متناقضا وهو اعتبار الكفاية وحيث لم يعتمد
على نقيض فبالضرورة صح ما صرنا اليه من اعتبار التقدير
اصلا وقلنا لا بد له من اصل نعتبره به لم نجد اصلا
فيهما سوى الاطعام في الكفارات فالحقناه فصار قياس
حاجة اذ لم نجد سوى هذا الاصل لجمعنا بينهما من الوجه
الذي اجتمعا فيه وان افترقا في اشيا اخر وربما
تمسكوا بحديث هند وانها جاءت الى النبي صلى
الله عليه وسلم فكان رسول الله اذا اراد مبايعة النسا
المومنات كان يترك بين يديه طاسة فيها ما تغمس يده
فيها ويغمس ايديهن فيه حتى لا تمسها اخرى كان يقول
على ان لا يشركن بالله شيئا فقالت اما الشرك
فقد تركناه قال ولا يسرقن قالت ولا يسرقن

اما ابو سفيان رجل شحيح فكيف اخذ منه زيادة
فوق ما يعطيني ليكفيني فقال صلى الله عليه وسلم خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف وقالوا وهذا نص وتمام
القصة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا تزنين قالت
وهل تزني الحرة قال ولا تقتلن اولادهن قالت نحن
ربيناهم صغارا وقتلتموهم كبارا ببدر فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم هند فقالت نعم الاسلام يجب
ما قبله فقال ما قتلناهم الحق قتلهم [illegible]

نقول المراد بالكفاية ما يجب على الموسر وهو مدان
فهذا هو غالب ما يقع به الكفاية في اليوم وهو المعروف
فانصرف الكلام اليه او كان قد علم ان ابا سفيان
لكونه غنيا يطيب نفسه بذلك ولا يضيق منه
صدره فاذن لها كذلك [illegible] المشرقي اذا
تزوج مغربية واتت بولد لزمان لا يتصور اجتماعهما
فيه لا لحقه الولد عندنا خلافا لهم ومأخذ النظر

ان صور الاسباب الشرعية الخالية عن المعاني المرعية
في ضمنها قطعا لا عبرة بها عندنا من حيث ان صور الاسباب
لا يناسب الاحكام وانما المناسب ما يتضمنه وحيث
اعتبرنا صور الاسباب دون مضمونها فذلك لتعذر
الوقوف والاطلاع على مضمونها فمتى امكن الاطلاع
على مضمون النسب فهو المعتبر لا صورة النسب
وههنا امكن الاطلاع على مضمون البيت قد علمنا
قطعا ان من هو بالمشرق لا يحل من هي بالمغرب فالغينا
صورة البيت وعلقنا الحكم على مضمونه وذهبت الحنفية
الى انه يلحق به لوجود صورة البيت وهو الفراش
وزعموا ان صور الاسباب الشرعية هي المرعية
المعتبرة في ربط الاحكام بها دون معانيها واحتجوا
في ذلك بان المعاني لو كانت مرعية في ربط الاحكام
بها لبطلت فائدة نصب الاسباب اذ لا فائدة
في نصب الاسباب سوى ادارة الحكم عليها دفعا

للعسر والحرج عن الناس ونفيا للتخبط والالتباس
فان المعاني مما يختلف لمه من الزياده والنقصان وكيفيه
في الظهور والخلا والدقه والوضوح بحسب اختلاف الاشخاص
والاحوال فالواو بعد ان تعلقت رخص السفر دون مضمونه
حتى ان الملك الذي تهادى في مهوده وسرى في سراياه
وجنوده يثبت له من الرخص ما يثبت للساعي على قدمه
نظرا منا الى صوره السفر دون مضمونه فبغاه وكذلك
النوم لما كان سببا لانتقاض الوضوء اعتبرت صورته
في من نظر الى نقض الحدث [illegible] مما اسلفناه
فانا لا ننكر اتباع صور الاسباب عند تعذر الوقوف
على المعاني وعليه يخرج ما استشهد وا به من السفر فانا
انما اطلنا الرخصه على صوره السفر لان مقدار المشقه
لا اطلاع لنا عليه وكذلك في فصل النوم لما تعذر الوقوف
على مضمونه من حيث ان الخارج لطيف يمكن خروجه
من غير ان نعلم ادرنا الحكم على صوره السبب دون مضمونه

اما صوره الفراش فانما كان سببا في مثل هذه الحاله حيث
تعذر علينا الوقوف على مضمونه فانا اذا راينا انسانا يدخل
على زوجته ويروح ويغدو والنهار تعذر علينا الوقوف
حقيقه الوطي فاذا اتت بولد اطلنا الحكم على صوره
الفراش لتعذر الاطلاع على المضمون لها فيها هي فيما
نحن فيه فقد علمنا قطعا ان الولد ليس منه ولم يعتبر
صوره السبب والله اعلم [illegible]
[illegible] لا يقتل المسلم بالكافر عندنا كان وقال
ابو حنيفه رحمه يقتل بالذمي ولا يقتل بالمستامن وهو
المعاهد وضابط المذهب عندنا ان كل شخصين
تكافات دماؤهما وتساوت حرمتهما جرى القصاص
بينهما واذا لم يتكافا الدمان لم يجر القصاص بينهما وضابط
تكافؤ الدما وتساوي الحرمه ان يحد كل واحد منهما لقذف
صاحبه بوجوب الحد بالقذف دلاله على تساوي الحرمه
وتساوي الحرمه ان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه

وجوب الحد بالقذف دلالة على تساوي الحرمه وتساوي
الحرمه دليل على تكامل الدما وضابط مذهب الخصم
ان القصاص يجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا
قتل عمدا او ما حد النظر تفاوت المسلم والذمي
في العصمة عندنا وتساويهما فيما عليه ومعنى العصمه
حرمة التعرض والمعنى بتفاوتهما في العصمه ان عصمه
الذمي اعني حفظ نفسه وماله تابعه لعصمه المسلم
بدليل ان سبب العصمة في المسلم الاسلامه وهو معنى قائم
به لله وسبب عصمه الذمي امان صدر من المسلم
في حقه اذ الامام فيه لسان كافتهم وترجمان
حلمهم والا فالذي يقتضيه القياس الكلي ومصلحه
الدين ان لا نقرهم في ديارنا ولا نمكنهم من التصرف
في امصارنا بل يجب ان نستاصل كافتهم ونسفك
دماهم ونخرب ديارهم الا ان الله عز وجل لما علم
ان لا نقدر على افنائهم وانا اذا اخرجناهم من بين

اظهرنا لا نامن غوائلهم وربما تجمعوا وتظاهروا علينا
فاقتضت المصلحه ابقاهم في ديارنا بعوض ننتفع به ويكون
ذلك تسبيبا الى تقليل جمعهم وتشتيت شملهم فشرعت
الذمه لاجل الاسلام تبعا للمصلحه غايته اليه حتى
يتفق الظفر بهم وهو بنزول عيسى عليه السلام واذا ثبت
التفاوت في العصمه فلا يساوي التابع ما هو الاصل
فيمتنع اجرا القصاص بينهما لان القصاص ماخوذ من
المساواه واذا اتفقا وتالم يتساويا فلا يجري القصاص بينهما
فزعمت الحنفيه ان عصمه الذمي كعصمه المسلم سوا لانينا وتا
واحتجوا في ذلك بان العاصم في حقهما جميعا
للقطع الانسانيه فان الانسان خلق ليعبد الله
عز وجل ولا يمكن العباده الا بالبقا ولا يتم البقا الا
بالعصمه وكذلك من لم تبلغه الدعوه كان معصوما
معصوما مع انه ليس بمسلم ولا في دار الاسلام غير ان
الكفر مع اهليه القتال والاقامه في دار الحرب

والاصطلام في ضمان اهل الشوكة لما كان منشأ الضرر
بالمسلمين باجزائها ثبت دفعه باباحته وعلم والحكم معروف
به في مقابلة اهل الحرب فعللناه به وقد فقد هاهنا الاول
المسح في حق الذمي وهو الاقامة في دار الحرب فانه
هاجر الى دار الاسلام وتعاضد عن شوكة الكفار واستظهر
بشوكة الاسلام فقد المسقط للعصمة في حقه
والعاصم الاصلي قائم فعادت العصمة الاصلية
كما كانت والجواب ان نقول نسلم ان الفطرة
الانسانية هي الاصل في العصمة غير انا تساعدنا على اطراح
هذا الاصل اما بالكفر او بالاقامة في دار الحرب
والكلام الان في العارض المعارض للفطرة الاصلية
الاهدار فنحن نقول العارض هو الكفر لان
الفطرة الانسانية انما كانت عاصمة لاجل العبادة
والكفر اعراض عن العبادة التي شرعت العصمة
لاجلها فناسب الاهدار والاصطلام اشتغالا

بما خلق لاجله فناسب اعادة العصمة الاصلية
لاجله فهي معنى تتضمنه تماميتها اما الاقامة في دار
الحرب فلا يصلح ان يكون مهدرا ابدا لقبول المسلم او
توطنها الاقامة والمسلم الذي لم يهاجر بعد الينا
فانه معصوم عندكم يحرم قتله واخذ ماله هذا تمام
تحصيل الماخذ المعنوي من الجهتين ومعتمد الشافعي
في المسالة النص وهو ما رواه البخاري باسناده في صحيحه
عن ابي جحيفة قال سالت عليا عليه السلام هل عندكم
من رسول الله شيء بعد القران فقال لا والذي فلق الحبة
وبرا النسمة الا فهم يؤتيه الله عز وجل في القران
او ما في هذه الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وان
لا يقتل مسلم بكافر وهو نكرة في سياق النفي وهو
من ابلغ صيغ العموم واعلاها في الاقتضاء والشمول
فكان تقديرنا الكلام التام الجاري على سنن الانتظام
لا يقتل مسلم بكافر فالمسالة قطعية من حيث النص

مسألة الحر اذا قتل عبدا لا يقتل به عندنا
سواء كان عبد نفسه او عبد غيره لكن يلزمه القيمة
والكفارة وقال ابو حنيفة يقتل بعبد
غيره ولا يقتل بعبد نفسه ولا خلاف ان القصاص
لا يجري بينهما في الاطراف ولا خلاف ان الحر لا يقتل
بالمكاتب ومأخذ النظر في المسألة على مسألة قتل المسلم
بالذمي ووجه البناء تعليل ذلك بالتفاوت في العصمة
على ما ذكرناه وبيان التفاوت ههنا من وجهين
احدهما ان عصمة الحر ... بدليل ان العبد مال
او فيه معنى المال والدم وعصمة المال تابع لعصمة
النفس ... في الفرق بين العصمتين كون احدهما
اصلا والاخرى تابعة الثاني ان عصمة الحر لعينه وعصمة
العبد لغيره وهو السيد والدليل على ان عصمة الحر
لعينه هو ان عصمته تهدر باهدار السيد حتى لو اباح
دم عبده فقال لغيره اقتل عبدي فقتله لا ضمان

لا ضمان عليه ولو ان العبد اباح دم نفسه لم يعمل اباحته
ووجب الضمان على قاتله فلما اعملت اباحة السيد
في الاهدار ولم تعمل اباحة العبد دل ان دمه معصوم
لسيده لا له وكذا لو قتله بنفسه واي حال في العصمة
اعظم من قدرة الغير على اهداره لا بسبب من جهة المعصوم
فهذا التفاوت يكاد يربو على تفاوت المسلم والذمي
ويشهد لاتحاد المأخذين ما روي ان عمر رضي الله عنه
هم بقتل مسلم بذمي فقال له زيد بن ثابت انقتل اخاك ك
بعبد فامتنع فاستدل فاستدل على منع قتل المسلم
بالذمي بمنع قتل الحر بالعبد فدل ان ذلك كان معلوما
عندهم فان مثل هذا الاستدلال لا ينطلق الا في مقرر ع
عنه معلوم وزعمت الحنفية استواءهما في العصمة
بان قالوا العصمة اما بالدار او بالاسلام وهما
متساويان فيه فان العبد من اهل الدار والاسلام
وربما كانت سبب تداعي وتمسكوا بعبارة زعموا

انها قياس ابي حنيفه فقالوا شخص يقتل بالحر فيقتل به الحر
كالحر وقرروا ذلك بدعوى تكامل العصمه وجوابه
ما اسلفناه من بيان التفاوت فان قالوا التفاوت
لا يصلح ان يكون مانعا فانا نقتل الذكر بالانثى مع انهما
متفاوتان ولما هناك استويا في العصمه وانما تفاوت
المعصوم لا العاصم فاستويا في القصاص بخلاف الحر والعبد
مسئله الحر اذا قتل عبدا خطا وجب على
عاقلته قيمته بالغا ما بلغت عندنا وقال ابو حنيفه
رحمه الله ان زادت قيمته على ديه الحر رد الى ديه الحر
وينقص عشره دراهم وقيمه الامه ترد الى ديه الحره
وينقص خمس دراهم وللمسئله ماخذان احدهما ان العبد
فيه نفسيه معتبره وماليه معتبره والواجب بالقتل
بدل المحل ولا بد من تقديره بمعيار فنحن نقول تقديره
بالماليه اولى فانها المعتبره في الحال وعندهم تقديره
بالديه اولى نظرا الى الجهه الخلقيه واعراضنا

عن الماليه الحادثه بعارض الكفر والدليل على صحه
ما ذهبنا اليه ان العبد انسان ومال وهو مضمون
لهما فيقتضي النظر الاول تضمين النفسيه والماليه
جميعا لكن ثبت بالاجماع الاقتصار على احدهما فنعلم
ان احدهما صار تابعا في التضمين والنفس اولى ان تجعل
تابعه في التضمين بدليل احكام ستة احدها ان العبد
اذا قتل قبل القبض في البيع لا ينفسخ البيع ولو مات
انفسخ ولو وجبت القيمه بدلا عن النفس والنفس ليست
بمال لكان ينبغي ان ينفسخ كما اذا مات لان الماليه
التي هي مورد البيع فاتت هدرا اوتا هذا بدل نفس لا ماليه
ومنها الثاني ان العبد المرهون اذا قتل جعل بدله
رهنا وحق المرتهن لا يتعلق الا بالماليه الثالث
ان السيد لو قتل العبد المرهون غرم للمرتهن والصرف
مصروف الى النقص والنفس لا ماليه ومنها الرابع ان حق
التجاره لا ينقطع بقتل العبد بل يستمر على بدله ولا ينعقد

حول النجاة الا على تمام الطمئ ان السيد اذا اهدر
دم عبده واباح قتله سقط الضمان والعبد لو اهدر دم
نفسه لم يسقط الضمان والنفس عندكم لا للسيد
السادس تحكيم السوق في العبد حتى يختلف البدل
بصغره وحسنه وقبحه وعيبه وسلامته كالفرس
بعينه وهذا دليل رجحان جهة المالية قطعا فان قالوا
وهو ما ظنهم بل ترجح جهة النفسية اولى فاما
وحكما اما القياس هو ان النفس اصل في وجوده تبقى دون
المالية والمالية تابعة تقوم بالنفس وتفوت بفواتها
والتابع اولى ان يؤخر اما الحكم فاحكام سبعة القصاص
والكفارة وضرب البدل على العاقلة وجريان
القسامة ورد اقرار السيد عليه نفسه بما يوجب
دمه وان جراح العبد في قيمته مائتان من الابل
فعتق ومات فيجب مائة من الابل ويصرف
الى السيد وقد كان حق السيد مائتان فلم رد

١٧٩

الى مائة **والجواب** نقول قولكم ان النفس اصل
نظر الى ما يقتضيه اصل الفطرة ولو كان ذلك مطردا
اليه لبطل اصل المالية والرق فانه على مضادة قضية
الانسانية لكن ما ضرب الرق عليه الا بجعل المتبوع
تابعا وجعل النفس المستقلة كالمعدومة في حق نفسها
الموجودة في حق مالكها في كل ما يستدعيه المالية
واما الاحكام فالقصاص لا يجب على الحر بقتل العبد
وانما يجب بقتل العبد لانه فوق ما لا له حرمة ولا
سبيل الى عصمته الا بالقصاص فان العبيد لا مال
لهم ليحصل الغرامة زاجرة عاصمة عن اتلاف هذا المال
فلو لم يقتل لسل كل عدو سيفه وقتل من العبيد
ما شاء بعد ان علم انه لا يقتل واستهانه بانه يباع فانه
قد يشتهي انه يباع عليه فيكون فيه بحصول غرضه
لا زجره واما الكفارة يجب من حيث ان العبد مال
ولكنه مال مؤمن يتعلق بحرمة الايمان

فهو كصيد مملوك في الحرم لا يدل وجوب الجزاء فيه
على سقوط ماليته وليس فيه ما ينقص منه حق السيد
وماليته وحرمته العبد مرعية في كل ما لا ينقص
من حق السيد لا من الاموال مختلفه الحرمات فحرمه
الحيوان فوق حرمه الجمادات وحرمه الطعامات
فوق حرمه غيره وكيف يدعي ان الكفاره من خاصيه
الدم ويجب بافساد الصوم والحج والظهار واليمين
وقتل الصيد فليس فيه ما يدل على رجحان لبقيه حال
واما القسامه وتحمل العقل فتمنع على احد القولين
وان سلم فليس فيها ما ينقص ماليه السيد وقد بينا
ان حق العبد مراعي فيما لا ينافي حق السيد
والعبد مع انه مال في حكم انسانيته في وجوب
الصوم والصلوه وما لا ينافي حق السيد ولم
يتوقع وجوب الحج والجهاد فانه مناقض عرضه
بل يدعي ان حكم النفسية معدومة بالاضافة اليه

لكن لا على الاطلاق بدليل المسايل التي ذكرناها
واما اقرار السيد فلا يقبل لانه يدعي منه في سفك
دم العبد والعبد في دم نفسه كالمقر على الجماد
فليس له ان يقبل جنايته مراعاة لحق روحه اما اقرار
العبد على نفسه فقد منعه المزني فلا نسلم واما
قطع اطراف العبد فالواجب فيه ارش النقصان
وهو احد قولي الشافعي وكذا اذا اقفا عن العبد
نقول تجب تمام القيمه وتصرف الى السيد فتمنع
هاتين المسالتين اما خذ الثاني انا نسلم لهم ان المضمون
هو الدم لكن نقول الدم مملوك للسيد بدليل المعنى
والحكم اما المعنى فهو ان نقول ليس المعني بالدم هذه
الحقيقه وهو الجسم الاحمر انما المعنى بالدم به هو
الجوهر المشرف بالعظمه والروح المجلله وهذا
هو المملوك للسيد لان الروح اذا فارقت الجسد
بقيت الجثة لا ماليه فيها وهذا لا يجوز ان تكون

ان يكون مملوكاً المتسبب ولا مضافا اليه فدل ان جنونه
وجنته هي المملوكه للسيد وعلى ما قالو لا يكون السيد
مالكا لسي على الحقيقه لان الجنون التي هي الذمه قالوا
ليست مملوكه للسيد دل ان الجنون والجنه مملوكه للسيد
وان ما ذكروه لا تعويل عليه واما الحكم فما ذكرناه من كون
السيد لو اباح دم عبده وقال العبد اقتل عبدي فقتله
لا ضمان عليه ولو ان العبد اباح دم نفسه لم يعمل
اباحته ووجب الضمان على قاتله فلما عملت اباحه
السيد في الاهدار ولم تعمل اباحه العبد دل ان دمه
مملوك للسيد مسألة الايدي تقطع باليد
الواحده قصاصا عندنا وكذا سائر الاطراف عند
وجود الشرطين احدهما ان يكون المقطوع مكافيا
للقاطعين بحيث لو انفرد كل واحد منهم بقي متميز
بذلك القطع قطع والثاني ان يكون فعل كل واحد منهم
عن متميز عن فعل الاخر وصورته ان يمد الجماعه

فيضعوا الحديد على يد ويتحاملوا دفعه واحده فيجتمع
اعتمادا تهم على ابانه طرفه فاما اذا انفرقت جنايا تهم
بان قطع كل واحد من جانب حتى التقت الحديد ثان
في وسط اليد فان طرفه فالذي نص عليه الشافعي ان لا
قصاص على احدهما في هذه الصوره بحال وخرج صاحب
المهذب قولا ان القصاص يجب على كل واحد منهما في
قدر ما احزته الحديد وقال ابو حنيفه رحمه الله
لا تقطع الايدي باليد بل يسقط القصاص بالشركه اصلا
ويتعين الرجوع الى الديه وماخذ النظر ان قطعات
الاجزا من اليد عندنا مشتركه بين الكل على معنى نسبه
القطع الى كل واحد منهم فاعله وعندهم كل واحد من
الفاعلين فاعل مقدور نفسه فحصل كل منهم بالقطع
الذي هو مقدوره نفسه دون مقدور صاحبه فكان
قطع كل حر قطعا على سبيل الانفراد وهذا الماخذ
يستمد من مسأله كلاميه وهي ان مقدورا واحدا

من قادرين عن قدٍ بين منصور عندنا وعند الحنفيه
والقدريه غير منصور ثم هذه المسأله تبتنى على اصل
عظيم الشان في اصول الديانات وهو ان القدره الحادثه
لا تاثير لها في ايجاد المقدور عندنا بل المقدورات
الحادثه باسرها واقعه بقدره الله تعالى عند تعلق قدره
العبد بها واذا لم يكن من ضروره نسبة الفعل الى العبد
ان يكون موجدًا او محدثًا له جاز نسبة القطع بصفه
الكمال الى كل واحد كما في شركاء النفس اذا النفس محله
لا يتجزى ثم انها لا تتجزى لا يتبعض ولا يتعدد وفي
المصير الى انه قاتل على الكمال يثبته وتعدد النفس
الواحده وكل واحده منهما محال ومع ذلك وجب
القصاص لم يكن ذلك الا نظرًا الى اضافه الزهوق
على معنى ان فعل كل واحد منهم لو انفرد به كان صالحًا
للازهاق وهذا موجود في محل النزاع في الصوره
التي صورناها وهو ان يجمع اعتمادهم في حاله واحده

ولا يتميز فعل كل واحد عن فعل الاخر في الابانه فان
كل واحد لو انفرد به على الوجه المذكور من الاعتماد
لكان مبينًا بخلاف ما اذا تفرقت جناياتهم وقطع
كل واحد من جانب فان فعل كل منهم لو انفرد به لا
يصلح لابانه جميع اليد ولا يجب به القصاص فانه لا
نظير له من النفس ومن اصحابنا من قرر هذا على وجه اخر
وقال الطرف مركب من اجزاء لا تتجزى وبين كل جزئين
مؤتلفين اجتماع واحد لا يتجزى فقد حصل ابانه
كل جزء من صاحبه عقيب وضع الحديد بتحاملهم
حصولًا لا يتجزى فيضاف الى كل واحد وكذا في القول
في الجزء الثاني والثالث الى اخر الابانه فالافتراق
من كل جزئين لا نصف له كزهوق الروح عقيب الجرح
وهذا واضح جدًا وزعمت الحنفيه والقدريه ان
مقدورات العباد باسرها واقعه بقدرهم حتى قالوا
بحلول الاعمال وانقطاع قدره الله تعالى عن مقدورات

العباد فبنوا على هذا ان يقدروا فعلا واحدا من قادرين
محال ولا يمكن نسبة الابانة الحاصلة بفعل زيد الى
فعل عمرو والاستحالة ايجاد الموجود ونحن نقول
هذا فاسد لانه بناء على معتقدهم ان القدرة ايجاد ثم
موجود وقد ابطلناه فان قالوا قصاص النفس شرع
للزجر فلا يتقيد بالمثل وقصاص الاطراف مشروع
للجبر فيتقيد بالمثل وكذلك اعتبر المماثلة والمساواة
بدليل ان الصحيحة لا تقطع بالشلاء وكاملة الاصابع
بناقصة الاصابع وبنوا من هذا تخريجا وقالوا التفاوت
في الوصف مانع فالتفاوت في الاصل اولى ان يكون
مانعا قالوا واذا ثبت هذا فالطرف الواحد لا يساوي
الاطراف ولا يسوى به بخلاف النفس فان الجماعة
يقتلون بالواحد اجماعا اولا فلا نسلم ان قصاص
الطرف مشروع للجبر بل يسوى بينهما فنقول
ان كان قصاص النفس للزجر فقصاص الطرف

كذلك لانه صالح لان يكون عقوبة زاجرة عن جنوح القطع
فان كان قصاص الطرف مشروعا للجبر وقصاص
النفس كذلك لان جهة الجبر فيه انه فوت
الطرف من المجني عليه فيملك طرف الجاني لينتفع
به الانتفاع المشروع والانتفاع المشروع ان يستهلكه
في جهة عرضه وهو التشفي والانتقام والامتناع
احد الصحيحة بالشلاء فلا يدل على التفرقة بين الطرف
والنفس لانا انما نسوي بين الطرف والنفس في كل
صفة عمت النفس والطرف كالذكورة والانوثة ثم
لما عمت النفس والطرف فانا نقطع طرف
احدهما بطرف الاخر والنفس حيث سوينا
بينهما اما الشلل فلا يتصور في النفس حتى
يلتزم به تصور المثل في التسوية بل تصور فيها
المرض لا جرم المرض في الطرف وضعفه ايضا
لا يؤثر واما زيادة الاصبع فانما منع القصاص

لان الاصابع لا تنسب الى اليد انتساب الاطراف
الى الجمله بل الاصابع من اليد كالاطراف من الشخص ولهذا يجب
في كل اصبع عشر ديه اليد واذا سقطت الاصابع
لم يبق ما يجب فيه الديه وانما يجب حكومه بخلاف
الاطراف مع النفس فانها جعلت بمنزله الاوصاف
لها حتى ان فقدها لا يوثر في ديه النفس ولهذا قلنا
ان فقد الاصابع يوثر اذا قوبلت بمثلها لانها كالاشخاص
لا الصفات مسئله الواحد اذا قتل جماعه
قتل بواحد وللباقي الديات وقال ابو حنيفه
رحمه الله يقتل بجميعهم قصاصا واكتفا وماخذ
النظر ان حقيقه القصاص عندنا مقابله المحل
بالمحل على محل الجنايه المحل الفايت بالجنايه جبرا
وحقيقته عندهم مقابله الفعل بالفعل جزا جزا
فالثابت للقتيل عندنا استحقاق نفس القاتل وهو
الذي يتلقاه الورثه ارثا فيتعدد الاستحقاق ا كا د

القتيل ويتعدد بتعدده ويدل عليه المعنى والحكم اما
المعنى فهو ان المسببات انما يثبت على وفق الاسباب
والانتساب يثبت على وفق المسببات وقد تعددت
الاسباب هاهنا اذ وجد منه تسبب كامل في حق
كل واحد فيجب ايضا ان يكون المسبب على وفقه
واما الحكم فهو ان المسلمين اجمعوا على انه لو عفى بعض
الاولياء المقتولين عن حقه من القصاص لم يسقط حق
الباقين وكان لمن لم يعف ان يستوفي ولو كان
القصاص محلا للكل لان عفو البعض يسقط جميع
القصاص كما في حق الواحد اذا قتل واحدا
وله جماعه من الورثه فعفى بعضهم عن حقه
من القصاص فانه يسقط جميع القصاص لان كل
ما يتبعض فسقوط بعضه يتداعى الى سقوط جميعه
فكما لم يسقط هاهنا بالعفو البعض دل ان القصا ص
ثابت لكل واحد على الكمال فان قالوا نسلم ان القصاص

متعددا الا ان الشرع جعل الجماعة مثلا للواحد لان
كل واحد منهم مثلا لله لم يكن لنا ايجاب الشرع القصاص
عنهم على جماعتهم دليلا على انهم مثل له بل يكون ذلك
دليلا على الشرع ما اعتبر المماثله فان قالوا الواجب
قصاص والقصاص مبناه على المساواه والمماثله ولفظه
مشعره قلنا ما المراد بقولكم الواجب قصاص
ان اردتم به اوجب بازا قتل فمسلم وان اردتم به اوجب
القصاص الذي هو مقاصه ومساواه فهذه لفظه
اطلقها الفقها واصطلحوا عليها فيما بينهم لا ان الله
تعالى اوال القصاص معناه المساواه ولا رسوله ولا المجمعون
بدليل قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فان معناه
والله اعلم حصول الزجر به فيسعى الجاني والمجني عليه
في الاحيا فان قالوا وهو ما حدهم القصاص حيث
وجب انما وجب جزا على الفعل لا بدلا عن المقتول
وادا الان جزا على فعله قلنا ففعله قتل وحد

القتل جرح يعقبه زهوق الروح فان حصول الاماته
الى الله تعالى لا الى العبد والجماعة اذا اجتمعوا وجرحوا
فقد وجد في كل واحد منهم ما يسمى قتلا وثبت بذلك
بحكمين لا بد من احدهما وجوب كفاره كامله في كل واحد
منهم الثاني لو حلف لا اقتلن زيدا فشارك اخر في
قتله حنث في يمينه ثبت بذلك ان القتل الواحد
قابله لا عداد في القتل بعدد هذا نقول ان بازا
واحد وقتله فقد تادى حقه لان حقه قتل القتل
لا غير وان شاركه اخر في الاستيفا كان مستوفيا
ايضا حقه لا تساع النفس لقتلات على ما تقرر في
حد القتل والمعنى فيه ان المقصود القصاص اما
الزجر العام اما احيا الوارث معنا من حيث ان
القاتل كافه بقتله خوفا منه وفي احيا الوارث
اعاده الحيوه المعنويه للمورث لان الوارث
خليفته وبقاوه بقاوه وقد حصل ذلك كله

بعمل القاتل سوا كان المقتول واحدا او جماعة وحصل
من جميع الورثة ما لا حاجة الى الزيادة عليه قالوا وجب
على هذا قصاص الطرف فان المستحق هناك الطرف
وانه مقابلة المحل بالمحل على قياس ضمان الاموال الطرف
الواحد لا يجري عن الاطراف وقصاص النفس مقابلة
الفعل بالفعل وقد حصل ذلك على الكمال والجواب
هو لما ذكرتموه للمقتول اذ حصول ثلاث من نفس واحدة
لحصول قطعات من طرف واحد وقولهم ان القتل
عبارة عن جرح يتعقبه زهوق الروح قلنا هذا الحد
منقوض ومعارض اما النقض فبالقاطع مع جاز الرقبة
اذ الاجماع منعقد على وجوب القصاص على الجاز دون
دون القاطع ولو كان عبارة عما ذكرتموه لوجب ان
يكونا قاتلين حتى يعض منهما ما دام لا بد من زيادة
في هذا الحد وهو ان يقول القتل عبارة عن جرح يكمل
اثره في زهوق الروح وكمال اثر الجرح ان يكون مميتا

وهذا الجرح الذي هو المزهق اذا وجد من زيد محال
ان يوجد من عمرو وحالة واحدة لا يتجزى واما المعارضة
فقول القتل عبارة عن فعل ينسب اليه زهوق الروح
في المتعارف وجراحات القاتلين اذا ازدحمت على محل
واحد على الكمال يدل على صحة ما ذكرناه حكمان قاطعان
احدهما انتفا القصاص على شريك الخاطي اجماعا
وعلى شريك الاب عندهم ولو كانا قاتلين على الكمال
فسببه في فعل لم وجب ان يوفر فعل الاخر عنه الثاني
انتفا الرجم على من وجب عليه قصاص ورجم ولو كان
المحل متسعا للقتلات لعمل بهما فان قالوا الاخر لانه
وحق الادمي اذا اجتمعا قدم حق الادمي لانه
مبني على المضايقة قلنا انما يقدم حق الادمي في محل
يضيق عنهما وعندكم هذا المحل متسع للقتلات
فكان ينبغي ان يعمل بهما واما الكفارة فمنع تعددها
وهو يجب على جميعهم كفارة واحدة واما اليمين

فتمنع الحنث فيها ايضا وان سلمنا فلان مبنيه على العرف والعرف
يدخله الحقيقه والمجاز قولهم ان مقصود القصاص احيا
الوارث معنى بدفع الهلاك عنه واحيا القتيل معنى وذلك
حاصل بقتل القاتل ولا حاجه الى شرع غيره قلنا عنه
جوابان احدهما منع انعقاد سبب الهلاك في حق الوارث
فان الغالب من حق القاتل الهرب من الوارث وان
لا يجتمع معه في بلد مخافة الظفر به الثاني ان معنى
الاحيا وان كان مقصودا غير ان جبر النفس المفوته
ايضا مقصود مناسب في ايجاب الديات المغلظه
جبرا للاخرى جمع من مصلحه الزجر ومصلحه الجبر
فمعنى الحصر البته جمعا بين الخيرين مراعاه للحكمين
بقدر الامكان مسئله موجب القتل
العمد عند الشافعي رضي الله عنه احد امرين
اما القصاص واما الديه احدهما لا بعينه على القول
الصحيح وكل واحد منهما اصل بنفسه لا انه بدل

عن الاخر وخيره التعيين الى المستحق فايهما اختار
حكمنا بانه هو الذي وجب بالقتل والقول الثاني انه موجب
القود فحسب والديه بدل عنه وتظهر فايده هذا الخلاف
في مسايل العفو فان قلنا الواجب احدهما فلو عفى
مطلقا وجبت الديه فان قلنا موجبه القود والديه
بدل فلا تجب الديه لان وجوبها بوجوبه فان سقط
الاصل سقط التابع غير ان الولي لو عفى عن القود
على مال وجبت الديه ولزم الجاني دفعها من غير
اعتبار رضايه في ذلك وابو حنيفه رحمه الله خالف
القولين جميعا وقال موجب العمد القود لا غير ولا
ولا يصح العفو على الديه الا برضا الجاني وماخذ النظر
القول المنصور ما ذكرناه من ان وجوب الديه اصل
في ضمان النفس عندنا لا القصاص وعندهم ليس باصل
بل شرع صيانه الدم عن الاهدار حيث تعذر
شرع القصاص والضابط عندهم ان كل قتل يوجب

القصاص لا يوجب الديه كما ان كل وطي يوجب الحد
لا يوجب المهر والدليل على صحه ما ذهبنا اليه ان نقول
وقع الاتفاق على ان احد الشريكين اذا عفي عن حقه
من القصاص كان للاخران ياخذ الديه فعند هذا القول
القتل العمد لا يخلوا اما ان يصلح ان يكون سببا لايجاب
الديه او لم يصلح فان لم يصلح فمهما تعذر له فيستحيل
الرجوع الى ما لم يصلح له السبب بل ينزل ح الى منزله
وهم ان منفعه البضع ليست بمال وان الشهود
اذا شهدوا وفوتوا ملك البضع لم يغرموا المهر لان السبب
وهو تفويت البضع غير صالح له وان كان السبب
صالحا فقد صار نسبه الديه الى الدم نسبه القيمه
الى المثل ومهما تعذر استيفا المثل باى سبب
كان فانا لا ننظر الى تفصيله بل نعدل الى القيمه
فليكن كذلك في مسئلتنا وهذا دليل قاطع في اثبات
كون العمد سببا صالحا لايجاب الديه والقصاص

على التلاحق كما يصلح الاتلاف لايجاب المثل والقيمه
في المثليات عن التلاحق احتج الخصم في تقرير ما خذه
بان قال الاصل ان لا يقابل الادمي بالمال لانه
ليس بمال وانما يقابل المال بالمال والديه ليست مثلا
للادمي لا صوره ولا حقيقه ولا معنى اما الصوره
فهي امر معلوم واما الحقيقه فهو ان الادمي خلق ليحمل
امانه الله تعالى والخلافه في ارضه وانها ضمنه ما عجز
عن تكاليفه والابل لم تخاطب بالعني واما معنى فلان المثل
من حيث المعنى ما امكن ان يحصل به مثل ما فات
فانه اذا اتلف عبدا او ثوبا فاخذت منه القيمه
امكن ان يحصل بها عبدا او ثوبا مثل الذي
اتلف وهاهنا ما امكن ان يحصل بالديه مثل ما فات
فليشتري لهم اب مثل ابيهم واذا لم يكن الديه مثلا
له لا حقيقه ولا معنى لم يجز ان يقابل بها الادمي
وانما يوخذ الديه في موضع لا يمكن ايجاب القصاص

حدار الاهدار وحيفه الابطال لئلا يودي الى
الاحلال ويصير الدم مطلولا لقال صلى الله عليه
وسلم لا مفرج في الاسلام فاما اذا الان احاب القصاص
وهو اخذ مثله كان ذلك غايه في الاحرام والاكرام
فلا يجوز ذلك للاخلال به مع امكانه والجواب
عن هذا ان نقول هذا نظر منكم الى احد الجانبين وهو
الديه ولو نظرتم الى الجانب الاخر وهو القصاص
لقضيتم منه العجب وذلك ان القصاص ليس على
قياس المثل في المثليات فان في المثليات يعتبر المماثله
والمساواه من كل وجه وهذا غير معتبر ولا مرعي
في باب القصاص فانه لا تعتبر فيه المماثله والمساواه
حتى انا نقتل الجماعه بالواحد وابو حنيفه يقتل الواحد
بالجماعه ثم لا يعتبر تساوي الاطراف كما في
المثليات حتى ناخذ الكبير بالصغير والعبد بالعبد
والانثى بالذكر والذكر بالانثى ولا يمكن ان

يقال القصاص مثل حقيقي كما في المثليات واما القصاص ص
عندكم جزا الفعل بحسب فاذا لم يكن مثلا حقيقيه
على حقيقه قياس المثليات ولم يكن الديه مثلا ايضا
حقيقه وتوافقا وتوافقا سوا فقلنا يتخير بينهما ان شا
مال الى الديه وان شا مال الى القصاص ويشهد
لصحه ما ذكرناه وفساد ما ذكروه ما اذا شج راسه
وراس الشاج اصغر من راس المشجوج فقد قالوا في هذه
الصوره ان المشجوج راسه يتخير ان شا يستوفي القصا ص
ولا شي له وان شا رجع الى الديه وان ثبت ان يخرج عن
هذا عبارة قلت عمد محض فجاز ان يتخير فيه بين القصاص
والديه قياسا على هذه الصوره ولنا في المسله حديث
نص رواه البخاري ومسلم في صحيحهما عن ابي سلمه
عن ابي هريره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يودي واما
ان يقتل ووجه الدليل انه جعل الخيره الى الولي

وعلقها على ارادته ولم يذكر رضا الجاني مسئله
القتل بغير الجارح يوجب القصاص عندنا وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا يجب القصاص الا بالجارح
وهذه العباره اولى من قول الاصحاب القتل بالمثقل
يوجب القصاص عندنا وعندهم لا يوجب لان عند ابي حنيفه
لا فرق بين المحدد والمثقل فان المثقل لو جرح تعلق
القصاص به عنده والمحدد لو لم يجرح بل ضربه بالسيف
صفحا لا قصاص فدل ان العبرة عنده بالجرح لا
المثقل والمحدد وكذلك الشافعي لا فرق عنده
بين المحدد والمثقل اذا حصل القتل به غير ان ابا
حنيفه يدعي ان القتل بالمثقل شبه عمد وهو
الذي يسمى عمد الخطا فيجب فيه دية مغلظة
دون القصاص ثم ناقض وقال اذا احرقه
بالنار وجب عليه القود فيقتل بالسيف
ومأخذ النظر اختلال صفة العمدية عندهم

الوجه الثالث ساقط من هذه النسخه او غلط الناسخ واصله اما بيان تحققها عندنا فوجه ان كون المثقل كالمحدد الى آخره

وتحققها عندنا اما بيان تحققها عندنا ففي وجهين احدهما
ان كون المثقل كالمحدد في كونه عمدا يقصد به القتل
مما لا مراء فيه عند العقلاء ويشهد له امران قاطعان
احدهما انا نعلم بالضرورة ان من اخذ عمودا او لتوتا
وتمطى وضرب به راس انسان انه يعمد قتله وكذا اذا
غرقه او خنقه او صلبه واقوى الدلائل ما صدقه
العيان وحققه الامتحان الثاني ورود الشرع برجم
الزناة اذ يستحيل ان يعتقد الشرع الخطا وشبهه
العمد فيقول لنا اخطاوا بالقتل وهذا قاطع مستغن
عن التقرير فان قالوا القصد امر باطن لا يطلع عليه
ولا يدرك حقيقته فلا بد من الرجوع الى شيئا ظاهر
نعول عليه وذلك هو الجرح فجعلناه ضابطا
فقلنا متى وجد الجرح تعلق به القصاص قلنا
القصد (وان كان) امرا باطنا الا انه يمكن التوصل الى العلم
به والاستدلال عليه كما يستدل على خجل الخجل ووجل

الوجل ونشاط التمهل بقراين الاحوال وشواهد الادله
الظاهره حتى يصير العلم به ضروريا ونحن نعلم من ادا البرايه
على راس انسان انه قصد قتله فقلنا ضابط العمد به
كل سبب افضى الى القتل في العاده وشهد العقلا
بان الموت حصل به وكلما يرد الى العادات فلا بد فيه
من نوع اختلاف لكن ذلك لا عبره به اذ المرجع الى
الضابط الظاهر في العادات السليمه والعقول الصافيه
فان قالوا الدليل على الجرح هو الضابط امران احدهما
انه لا يختلف باختلاف احوال الالات امران احدهما
القصاص بصغيره كما يجب بكبيره ويجب بيسيره
كما يجب بكثيره والمثقل بخلافه فانه لا يجب القصاص
فيه بالسوط الصغير والضرب اليسير وعلامه
الضابط ان يطرد ولا يختلف كربط العده بوطي الصغيره
والايسه مثل ربطه بوطي الكبيره المعتاده وربط
الرخصه بسفر المترفه الوادع مثل ربطه بسفر

وعن الثاني نقول قد بينا اعتبار الاله عندكم و

وتحن نعلم ممن احال مجرا او عمودا

الى ضه

الحد ود المتفوق عليه الثاني ان هذه الاله غير
معده للقتل والقتال بخلاف الحديد فانه الطريق الموضوع
للقتل عاده قال تعالى وانزلنا الحديد فيه باس شديد
فجعل الباس في الحديد وانما المثقل اعد للانتفاع في اشيا
اخر وذلك يخل بالعمد ويورث شبهه في درء القصا
والجواب عن الاول ان نقول من سلم لكم
ان كل جارح يجب به القصاص فان الخدش اليسير لا يجب
به القصاص ومن غرز ابره في راس اصبع انسان او شوكه
في عقبه فمات لا قصاص عليه كما لو ضربه بعصا صغيره
وعن الثاني انا نقول قد بينا ان اعتبار الاله عندكم و
انما الاعتبار بالجرح فان القلم لو جرح به وجب القصا
وان كان معدا للكتابه لا القتال فان قالوا اذا
جرح به فقد عمل عمل الجارح قلنا واذا قتل به فقد
عمل عمل القاتل ولا فرق بينهما ثم هو باطل بما اذا احرقه
بالنار فانه يجب به القصاص عندكم وهي غير معده

انه لا ضه
ص
ص
فه

للقتال فان قالوا قد تقاتل بها الملوك وغيرهم ويعدون
وعندهم الزرافين بالنار قلنا وكذا المثقل فانه قد تقاتل
به سيما الحجارة فانهم يعدونها للمجانيقات فان قالوا وهو
كلامنا في ما يهدم البنيه وقوامها انما هو بسلامة
الظاهر والباطن فكان القياس يقتضي ان لا يجب
القصاص حتى يهدم البنيه جملة الا انا نعلم ان ذلك
يتعسر فقلنا كلما اثر في الظاهر والباطن يوجب
القصاص فالجرح يوثر في الظاهر والباطن فانه ينقض
البنيه والمثقل يوثر في الباطن حسب والظاهر
انه كالميت حتف انفه فصار كانه هالك من وجه
غير هالك من وجه فصار ذلك شبهه في اسقاط
ما يسقط بالشبهه قلنا هذا من باب الوسواس
وليس من باب الشبهه اذ ليست الشبهه عبارة
عن كلما اطلق به اللسان وانما الشبهه ما شابه
الحق من وجه وذلك مثل الخطا فانه ظن في اول

للمنجنيقات — وانما كلامنا فيما — كلّما — كلّما

امره انه يرمي صيدا او يقتل قاتل ابيه فهو من وجه
محق من حيث انه ظن حقا اما في مسئلتنا فليس فيه شي
من الحق بحال فكيف يقال هو شبهه ثم هو باطل فان
ظاهره معتبر فانه يقال قد ورم بالضرب واسود
واخضر ورضض العظام وكسر الاضلاع وبقي الرجل
مكسرا في حوالي محوران يقال انه هالك من وجه
دون وجه ثم هو باطل بما اذا ادخل مثله او سفودا
في احد منفذيه فمات فانه ما قطع شيا من ظاهره
ويجب عليه القصاص فان قالوا وطي الامعاء وفتت
الكبد قلنا وها هنا قد هشم العظام وقدد اللحم
فلا فرق بينهما مسئله المكره على القتل اذا
قتل من اكره على قتله وجب عليه القصاص عندنا
على القول المنصور والقول الثاني وهو مذهب
ابي حنيفه ان القصاص عند باحث عليه نصف
الدية وقال ابو حنيفه لا يجب عليه القصاص

السفود بوزن التنور الحديدة التي يشوى بها اللحم ص

ولا الديه ولا الكفاره اما المكره فقد اتفقنا على وجوب
القصاص عليه وان خالف زفر منهم وبعض الاصحاب
منا وماخذ النظر ان الاكراه عندنا لا يخل بالقصد
والاختيار ودليله امران احدهما اجماع المسلمين
على ان المكره على القتل ظالم عاصم اثم وان خطاب الشرع
متوجه اليه وقائم عليه الانكفاف والانزجار عن الاقدام
على قتل هذا المظلوم والاثم انما يتعلق بفعل فاعل مختار
بدليل شهادة الطرد فقد انتفا الاكراه واما العكس
فصوره الاكراه الثاني انقسام افعاله الى حرام كالقتل
والزنا وواجب كشرب الخمر واتلاف المال ومباح
كالاتيان بكلمة الكفر ولو لا نسبة الفعل اليه حقيقة
لاستحال توجه خطاب الشرع اياه فان قالوا كيف
يستدلون بالاثم على القصاص مع ان الاثم ثابت
في قتل الوالد ولده والسيد عبده ولا قصاص
قلنا نحن لم نستدل بثبوت الاثم الا على بقا النسب

في حقه وان الفعل معتبر منه واذا ثبت النسب ثبت
احكامه القصاص وقد اوجبه في حق المكره وفاقا فوجب
ان يكون معتبرا في حق المكره ايضا بخلاف الوالد مع
الاستسلام والانقياد ولده والسيد مع عبده فان
النسب في حقهما ما اوجب القصاص وفاقا فان قالوا
ما اثم بالقتل وانما اثم بتركه وهو متعبد في الشرع
بالاستسلام اذ ليس له ان يقي نفسه بنفس غيره
وهو مماثل له في الحرمة لا ترجيح لاحدهما على الاخر
قلنا هذا باطل اذ لا يجوز ان يكون الاستسلام مقصود
الشرع على تجرده فانه لو استسلم للمكره حتى قتله
كان مقتولا ظلما بالاتفاق ولا يجوز ان يكون مقصودا للشرع
تحقيق الظلم وللخصم ماخذان احدهما وهو قول
البصريين منهم المكره لو بقي معتبرا لكان مباشرا
ولصار المكره متسببا وكان يمتنع وجوب القصاص
عليه لان السبب لا وقع له مع المباشر بدليل الحافر

مع المدي والمسك مع الخارج ويدل عليه حكمان
قرار الضمان كما في اتلاف الاموال عليه واختصاص
اثم المال به دون المكره المباشر والحكمه الداعيه
الى نقل فعله الى المكره ان مقصود السبب دفع القتل
صيانه لمهجه المكره على قتله وتحقيق هذا المقصود
يحصل بايجاب القصاص على المكره فانه ينزجر
عن الاكراه ولا يقع القتل من المكره ولا حاجه الى
اراقه دم معصوم من غير حاجه اليه المأخذ الثاني
وهو قول النفاة منهم ان الاكراه اثار شبهة دارئه
للقصاص من وجهين احدهما انه اباح المحظور
كلمة الكفر وواجبة في شرب الخمر واتلاف مال
الغير وههنا ان لم تترتب عليه الاباحه
فلا اقل من ان يورث شبهه الثاني ان يوقف صيانه
النفس على القتل مبيح للقتل دفعا للحاجه كما في الصائل
وههنا اذا لم يبح فلا دون شبهه لوجود صوره المبيح

كالملك في الامه المجوسيه والاخت الرضاع والجواب
عن الاول انه باطل بما ذكرناه من توجه خطاب
الشرع نحوه وزجره عن الاقدام على الفعل ولولا نسبه
الفعل اليه حقيقه لاستحال توجه خطاب الشرع
اياه وقولهم ان فعل المكره لو بقي متصلا لكان مباشرا والملجئ
متسببا قلنا مسلم ولكن لم يمنع وجوب القصاص
على المباشر والمتسبب جميعا وقولهم ان التسبب لا وقع
له مع المباشر قلنا لا نسلم فان التسبب اذا كان قويا
كان كالمباشر وهذا لان الاسباب تنقسم الى
ضعيف كحفر البير والامساك فلا يجوز ان يجتمع
مع المباشر والى قوي كالشهاده الباطله اذ قد
اجمع المسلمون على ان شهود القصاص اذا رجعوا
يلزمه الديه المغلظه وهم متسببون وما نقلت
اليهم مباشره الولي اذ ما تعدى جانيه عنهما
فلو كان لا وقع للتسبب مع المباشر لما لزم الشهود

بي وهذا انما لا لمحيص عنه ولا اكراه من هذا القبيل بل
الاكراه هاهنا افضى الى الزهوق من المباشره فانه
المنشي للداعيه المحرك للقاتل بخلاف الامساك والحفر
واظهر الالزامات الردي مع المباشر في قطع الطريق
عندهم فانه منتسب غير مباشر ثم جعلوه كالمباشر
واما قرار الضمان في الاموال فيمنع على راي ونقول
هما شريكان في الاتلاف فيتوزع الضمان عليهما
شطرين قولهم ان المقصود حاصل بشرع القصاص
في حق المكره قلنا الاحكام لا تتبع المقاصد
وانما تتبع المقاصد وانما تتبع الاسباب عند
احتمال المقاصد وقد سمو هاهنا هذا ان اوجبنا
القصاص على المكره والاخر صحابنا من قال ان القولين
في المكره واما المكره فيلزمه القصاص قولا واحدا
وبهذا يبطل ايضا ما ذكروه من نقل فعل المكره
الى المكره قولهم في الماخذ الثاني ان الاكراه

اثار شبهه ممنوع فان الاكراه قط لم يحل مبيحا للقتل
وكونه مبيحا لغير القتل لا يوجب شبهه فيه واما
الصيال فقد تعارض فيه الجانبان لاستوائهما
في العصمه ويرجح جانب المقصود بان لا عدوان في جهته
والصايل معتد بقصد القتل اما هاهنا فلا عدوان
من جهه المحمول على قتله فلم يوجد في حقه مبيح بخلاف ف
الامه المجوسيه والاخت من الرضاع فان الملك
مبيح الوطي فصلح ان يكون شبهه فيه مسله
شهود القضا اذا رجعوا وقالوا تعمدنا قتل المشهود
عليه او شاهدنا المشهود عليه حيا يلزمهم القصاص ص
عندنا وقال ابو حنيفه تلزمهم الديه مغلظه في
مالهم دون القصاص وللمسله صور فيها ما اذا رجع
الشهود والولي والقاضي معهم وقالوا تعمدنا القتل
نعتقد انا يجب القصاص على الكل وقال ابو حنيفه
لا قصاص في شي منهما وماخذ النظر ان الشبـ

حينئذ اصلح لايجاب القصاص كالمباشرة على ما قررناه
في المسئلة السالفة وعندهم التسبب لا يصلح ان
يكون موجبا للمباشرة اصلا وزعموا ان ايجاب
القصاص على المكره انما كان بطريق كونه مباشرا
حكما على ما سبق واستدل القاضي ابو زيد على
ذلك بان القصاص وجب جزا الفعل وجزا الفعل
مثل الفعل قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة
مثلها وقال فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وليس التسبب مثل المباشرة
فكيف يجازى على التسبب بمباشرة والجواب
نقول قد تعجب الاصوليون من قول الفقها
سبب ومباشرة فان كلما يعتقده الفقها مباشرة
هو سبب فان المباشرة هو ما قام بمحل القدرة
كحركة اليد مثلا فاما ما جاوز محل القدرة فكله
اسباب حتى حز الرقبة وشق البطن وهذا لان

الروح ليست شيئا يمكن اختطافها وانتزاعها من محل حتى
يقال باشرها وجنى عليها ولا يتعلق القدرة البشرية بازهاقها
انما يتوصل عند الالام والسرايات التي تتمكن في الاعضا
الشريفة فيزهق عند ذلك وعند ابي حنيفة
جراحات يتعقبها الزهوق فالقتل بكل حال انما
هو تسبب ومعنى التسبب التوصل الى المقصود
وهذا بعينه قد وجد من الشهود غير ان الاسباب
منها قوية ومنها ضعيفة فمعنى القوية ما تعلقت بمقصود
بعينه ومعنى الضعيفة ما يتعلق بمقصود بعينه كحفر
البير والامساك فالشهادة سبب قوي حيث تعلقت
بعينه فهو كالاكراه فان قالوا المكره مباشر حكما قلنا
فكيف جعلت المباشرة المقدرة حكما كالمباشرة الموجدة
حقيقة ولا مساواة بين المقدر والحقيقي فاعلم ان بما
استدل الخصم به من قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها
فمن عفى واصلح فاجره على الله فان هذا المكره مباشر

وقد باشروه وعاشروه وعاملوهم باكثر ما عمل واذا
جاز ان يجعل المقدر كالحقيقه جاز لنا ان نجعل المتسبب
القوي كالمباشر ثم نقول جميع ما ذكروه يبطل بالردى
مع المباشر في قطع الطريق فانه متسبب غير مباشر
ثم جعل [illegible] كالمباشر في قطع الطريق في الحكم وربما زعموا
ان قصاص القاضي يورث شبهةً من حيث انه مبيح في
الجمله اعني فيما اذا لم يعلم القاضي وظن الولي الاباحه
وقد وجدت صورته هاهنا وان تخلفت عنه الاباحه
اذ قد علم في مواضع ان الشبهه هي وجود صورته هاهنا
ان وان تخلفت عنه الاباحه قد علم في مواضع الشبهه
هي وجود صورة المبيح بدون الاباحه مقصرا نه اقدم
بالشرع والقصاص عقوبه تندرئ بالشبهه كالحد ونحن
نقول هذا محال فان قضا القاضي انما يورث شبهه اذا
كان هناك التباس واشتباه فيلتبس الحال على الولي
والقاضي فاما الولي عالم والقاضي عالم بالحال فيتجل

بقا الشبهه والاحتمال وقولهم ان صورة المبيح شبهه
باطل بل الشبهه مشتقه اما مشابهه الحق كما ذكرنا
في قتل الخطا او من الاشتباه عند تعارض المبيح والمحرم
كما في حق الاخت من الرضاع والامه المجوسيه ولم يوجد
فيما نحن فيه شي من ذلك مع علم الولي القاضي والشهود
بكذب انفسهم وزورهم على انه فاسد قطعا فان
قضا القاضي عندهم انما يورث شبهه في العقود والردة
لانهم توهموا انه ولايه هناك فكان وطا بشبهه
فاما في الدما والحدود فلا مدخل له فيها فاستحال كونه
شبهه ثم هو باطل بشهود الزنا اذا رجعوا بعد القضا
فانه يلزمهم حد القذف وفاقا مع كون القضا صحيحا
في ظن القاضي وهاهنا هو عالم ببطلانه اذ الكلام فيه
مسئله شريك الاب في قتل ولده يلزمه القصاص
عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله وهذا الخلاف جار
فيما اذا اشترك مسلم وذمي في قتل ذمي السيد

وعبده في قتل عبده مع الاتفاق على ان لا قصاص على
شريك الخاطي الا على وجه للمزني وما خذ النظر ان فعل
الاب عندنا موجب للقصاص لا خلل فيه كفعل
شريك الاجنبي وعندهم غير موجب كفعل شريك
الخاطي الا على وجه للمزني ولما وللاصحاب في تقريرها خذنا
مذهبنا احدهما ان القصاص وجب على
الاب كما وجب على الاجنبي ثم جرى عفو الشرع عنه
فسقط الوجوب واستدلوا على ذلك بوجود العمد المحض
والعدوان المجرد اما العمد فانه محسوس لا يحتاج فيه الى
دليل وقد قال صلى الله عليه وسلم العمد قود واما عدوانه
فواضح ايضا لان حرمة الاب ساوت حرمة الاجنبي
وزادت عليه لما فيها من قضية الرحم ومعلوم ما لقطيعة
الرحم في الشرع من الوقوع قال الله تعالى فهل عسيتم
ان توليتم ان تفسدوا في الارض وتقطعوا ارحامكم
اولئك الذين لعنهم الله فاصمهم واعمى ابصارهم

وتوعد على قطيعة الرحم بهذا الوعد الشديد واذا وجب
على غير الاب بحريمته دون حريمة الاب فلان تجب
على الاب اولى قالوا وتجوز ان يفعل الوجوب اولا
ثم السقوط بدليل احدهما اذا قتل الاب معتوقا بيده
فانه يجب القصاص على الاب ثم يسقط بعد ذلك
الثانيه اذا اشترى اباه فانه يصح الشرى ويثبت
الملك ثم يعتق بعد ذلك اعمالا للدليلين اعني المثبت
والمسقط المذهب الثاني وهو الصحيح قولهم ان القصاص
غير واجب على الاب غير ان فعله موجب لا خلل
فيه اعتبار كونه عمدا محضا الا ان الوجوب اندفع عنه
لا لخلل في الفعل بل لمعنى يخصه وميته ولا يتعداه
الى من عداه فان صفه الابوه لازمه له وهي الشبهه
المسقطة لا لخفة جنايته بل لان الابوه اوجبت
ان لا يقتل بسببه ولان قالوا كيف يجعل موجب
لا يوجب قلنا لا يقتل فيما اذا رميا معا ثم مات الخاطي هما

قبل اصابة السهم فان الحي يستوفي منه القصاص
ثم التحقيق فيه ان الدافع اذا قارن الموجب دفع
الحكم وكان كالقاطع لا في حكم مانع اصل التسبب
كما في المغرور بحرية جارية اذا احبلها واحتجت
الحنفية في تقرير ماخذهم بان قالوا الاجنبي شارك
من لا قود عليه فلا يجب عليه القود كشريك الخاطي
وذلك ان الابوة حالها صفة قايمة به لا يتعدى
الى شريكه فالخطا ايضا هو الجهل بالحال وجهله
صفة قايمة به لا يتعدى الى شريكه ثم يسقط القصاص
عن شريك الخاطي فكذلك عن شريك الاب لا يفترقان
الا ان الابوة صفة ملازمة والخطا صفة مزايلة
وهذا فرق لا اثر له في الحكم والتحقيق فيه هو
ان فعل الاب غير موجب اجماعا وفعل الاخر وان
كان موجبا لكن يحتمل حصول الزهوق بمجموع الفعلين
ويحتمل حصوله بفعل الاب على الانفراد ويحتمل

حصوله بفعل الشريك على الانفراد فعلى تقدير حصوله
بفعل الاب لا يجب القصاص ولا بد ان يجب وان لا
يجب والجواب نقول شريك الخاطي يلزمه القصاص
على راي المزني فنمنع وعلى التسليم نقول الفرق من شريك
الاب وشريك الخاطي ان الخاطي بوصف تعدي الى فعله
ولهذا اتصف به الفعل فقال فعل خطا والابوة لازمة
لا يتعدى الى فعله ولهذا لا يقال فعل اب وقولهم ان الزهوق هو
محتمل حصوله بفعله دون فعل شريكه او بالعكس قلنا
هذا مبني على خيال التولد والايجاب وهما باطلان
قطعا فان فعل العبد غير موجب ولا مولد بل معنا
انتساب الحوادث الى اكتساب العباد صيرها
اسبابا لها حكم العادة والتسبب العادي في الزهوق
من الايلام فكل فعل له حظ من الايلام استحال خروجه
عن حد التسبب العادي فكان الزهوق منتسبا
في العادة الى مجموع افعال الشركا قطعا ثم لا نسلم ان

فعل الاب غير موجب ابدا على بنيانه فان قالوا اعتبار
فعل الاب الفاعل في حق غيره فرع على اعتباره في
حق نفسه فكيف يعتبر في حق غيره فانا هذا انما
يستقيم ان لو قلنا ان القصاص سقط عن الاب
لمعنى في فعله او حاله يعود الى فعله وقد بينا ان سقوطه
كان لمعنى يخصه ولا يتعداه فان قالوا لكن ان الابوه
صفه لازمه للاب لا يتعداه الى فعله ولا يتصف
بها سائر بمثله لا يخص عنها وهو اذا اشترك
مسلم ومجوسي في ذبح شاه فان الشاه ميته
ومعلوم ان التمجس صفه قايمه به لا يتعدى الى فعله
قلنا هذا باطل لانه كما لا بد من النظر الى حكم العله
لا بد من النظر الى محلها والحكم هاهنا هو الاباحه
والتحريم ومحله الشاه وهو محل متحد وقد اجتمع
فيه ما يقتضي الحظر على الاباحه وفي مسئلتنا
الحكم هو القصاص ومحله الفاعل والفاعل متعدد

فيجوز ان يجب في احدهما دون الاخر ويدل انه
من الذبحه ان ذبح المسلم شاه والمجوسي شاه فيحل
احدهما دون الاخرى فما كانا في محلين

مسئله

سرايه القصاص مهدر غير مضمونه عندنا وقال
ابو حنيفه رحمه الله هي مضمونه بالديه المغلظه في
ماله وصورة المسله ما اذا قطع يد انسان ظلما
فاقتص من الجاني فسرى الى نفسه ومات ومأخذ
النظر ان مستحق القطع عندنا غير مقصر في الاستيفا
نظرا الى اطلاق الاستيفا وعندهم منسوب الى
التقصير من حيث انه يجبر في الاستيفا والدليل
على صحه ما ذهبنا اليه ان نقول الشرع اذا احد
حدا ورسم رسما وعين محلا فقد قطع اجتهاد المجتهدين
فيما عينه وبينه فلا مسعى للراي فيه مجال ولا للفكر
وجه ولا احتمال واذا كان كذلك فقد رفع
تقصير المستوفي لان التقصير انما يتصور في طريق

استيفا به راى المستوفي واجتهاده والتقدير والتحديد
من جانب الشرع رافع الاجتهاد العباد وقد جمع
الشافعي رضي الله عنه هذا المعنى في عباره رشيقه
وجيزه فقال عقوبه مستحقه مقدره فكانت سرايتها
مهدره كالامام اذا قطع يد السارق فان قالوا
وهو ما حدهم الاذن في القطع مقيد بشرط سلامه
العاقبه قلنا العواقب مستوره فكيف يمكن اشتراطها
فان قالوا انما يتبع ذلك في الفعل المكلف به حتما
لانه لا يمكن الاحتراز عما يتولد منه اما التخيير بين فعل
الشي وتركه فلا ينفي اشتراط السلامه فان
الاحتراز عنه ممكن بان يقول المعني انت مادون
بشرط سلامه العاقبه والخيره اليك في اقتحام
ورطه الخطر غايتها في الباب ان تستشعر خوف
الاثم والضمان تبقدر والضمان نعدر ما ولا حرج
عليه قالوا ويدل على امكان هذا الاشتراط مسايل

احديها الصلوه في اول الوقت فانها واجبه عندكم
ويجوز تاخيرها بشرط سلامه العاقبه حتى لو مات
المعزر فانه جايز للولي بشرط سلامه العاقبه حتى لو مات
المعزر ايم وضمن الثالث ضرب الزوج زوجته فان
الشرع شرعه وجوزه ثم اوجب الضمان اذا حصل
منه اتلاف الرابع الختان فانه مشروع فاذا سرى
ضمن والجواب نقول الدليل على ان الاذن مطلق
سوا وقف او سرى ان المقصود منه التمكين من الفعل
الذي هو متعلق الغرض وذلك انما يحصل بالتمكين بالمحه
لا يتقيد بما لا يندرج تحت الوسع والاذن بشرط
سلامه العاقبه غير معقول اما الصلوه في اول الوقت
انما يجوز تاخيرها بشرط العزم على الفعل في اخر الوقت
فاذا اخر مع ومات قبل انتهاء الوقت لم يعص الله تعالى
اصلا واما المعزر والمودب والزوج فكل منهم مامورا
بالاجتهاد لاختيار تاديب لا يسري الى النفس غالبا

فاذا فعل مما يتحري تبين انه اخطا المامور غير انه جني
علينا مع ذلك خطاه نعني دلت عليه الشرايع اما في
مسئلتنا فانحن مقلد في تقلد الشرع ولا يمكن نسبته
الى الخطا وما ذكروه من التخيير بين الفعل والترك ملغى
بوكيل المقتص فانه لا يضمن دا سري وفاقا مع انه يتخير
في فعله واذا شيت ان تجرد عن هذا المعنى عباره قيل
تسلط على فعل مباح وفي عينه مباح فلا يكون
سببا للضمان كالفعل المباح اعني فعل الوالي معنى
الكلام ان تسليط الوكيل على القطع مباح كما ان
القطع في عينه مباح فلا يكون سببا للضمان على الموكل
كما لم يكن سببا للضمان على الوكيل اجماعا واما الختان
فليس سببا مفضيا الى الزهوق بل قد يدور لا يعقبه
زهوق في العاده فان وجد زهوق عقيبه فذلك
نادر بخلاف مسئلتنا فان الشرع جوز القصاص مع كونه
ما يفضي الى الزهوق مراعاه لمعنى الصيانه فلو قلنا

له الحال استيفا هذا هو العضو ومن يتجري على ابا وعليك
الضمان ان تسري فهذا زجر له عن الاقدام على استيفا
القصاص ويودي ذلك الى دفع القصاص وابطال حكمه
الردع والزجر فافترقا مسئله اذا كان ورثه
القتيل كبير وصغير لم يجز للكبير ان ينفرد باستيفا به
بل ينتظر بلوغ الصبي وقال ابو حنيفه يستوفيه
الكبير ولا ينتظر وافقه عندنا في تحبس القاتل الى
حين بلوغ الصبي وافاقه المجنون ولا خلاف فيما اذا كان
بعض الورثه غايبا انه ينتظر قدومه ومآخذ النظر ان
حق القصاص عندنا يثبت للوارث بطريق التلقي من
المورث فيستوي في استحقاقه الصغير والكبير وعند هم
يثبت للوارث ابتدا لا بطريق التلقي فيثبت لمن هو
اهل للاستيفا والدليل على ما ذهبنا اليه امور
اربعه احدها ان الجنايه وردت على خالص حق القتيل
فكان الواجب بها خالص حقه اثباتا للحكم على وفق

النسب الثاني انه لو عفي صح وسقط ولولا انه حقه
لما سقط باسقاطه الثالث ان الدية حق له بدليل
قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وهي احد البدلين
فكذلك البدل الاخر فان قيل وهو ما ظهر لا نسلم
ثبوت حق القصاص بطريق الارث بل ثبت للورثة ابتدا
لا بطريق الارث وبيانه من وجهين احدهما ان الارث
انما يثبت في حق كان قد ثبت للمورث في حال حيوته
فيتلقونه منه اما القصاص فانه يثبت بعد الموت فكيف
يتلقونه منه وهو بعد الموت لا يستحق القصاص
الثاني ان القصاص عبارة عن فعل القتل المشروع
جزا بدليل امرين احدهما قوله تعالى وجزاء سيئة
سيئة مثلها والثاني اشعار لفظه فانه ينبي على اتباع
اثر الفعل الاول بمثله قال الله تعالى وقالت
لاخته قصيه اي تتبعي اثره ثم هذا الفعل المشروع
لا يتجزى ولا يتبعض فان بعض القتل غير معقول

ويتبين مثاله ان اضاف الى كل واحد من المستحقين
بكماله لضرورة تعذر التجزية والاعلاء كولاية النكاح
للاخوة الاضافة الى النكاح الواحد المشروع في
حق الاخت فانها يثبت للوارث ابتدا بدليل انها
لا يثبت للاخ على نحو ما كان ثابتا للاب وانما يثبت
للوارث ابتدا لدفع العار كذلك هاهنا يثبت
حق القصاص للوارث ابتدا لغرض التشفي والانتقام
قالوا ولا يخفى ان تمام اهليته ابن يوم لفعل القتل
وحصل غرض التشفي والانتقام قالوا ولا يلزم على
هذا ما اذا انفرد الصبي بوراثته حيث يثبت له حق
القصاص اجماعا ويستوفيه بعد البلوغ لانا نقول
لا نسلم ثبوته في الحال بل سيثبت اذا انضم الى
السبب اهليته للمقصود عند البلوغ مع ساير
الشروط والجواب عن الوجه الاول
ان سقوطه بما اذا عفي المجروح عن القصاص قبل موته

ومات فان الوارث لا يستحق شيئا اجماعا ولو لا ثبوت
الحق له اولا لما سقط باسقاطه ويبطل ايضا بالدية
فانها تثبت له بعد الموت بدليل ان ديونه تقضى
منها ووصاياه تنفذ فيها والجواب عن الثاني
انا لا نسلم ان القصاص عبارة عن فعل القتل جزاء بل
هو عبارة عن استحقاق نفس القاتل عوضا
عن النفس الفائتة ولفظ القصاص لا يدل الا على المساواة
بين نفسين في الدين المتساويين شخصان وساقطان
وكون القتل الثاني جزاء للاول مسلم ولكن لا يدل
على ان الجزاء حكم للقتل الاول بل حكمه استحقاق نفس
ثم استيفاء النفس تبع جزاء التفويت النفس قولهم
ان القتل المشروع لا يتجزى ولا يتبعض قلنا انما
لا يتجزى في الاستيفاء اما الثبوت والاستحقاق
فمن سلم انه لا يتجزى ولا خلاف بين الامة ان العبد
المشترك بين كبير وصغير اذا قتل لا يستبد

الكبير بالاستيفاء فدل ان القصاص ثبوته يجري غير
انه يضاف الى جميعهم فيكونون مشتركين فيه ودعوى
ثبوته لكل واحد على الكمال باطل اذ لو كان كذلك لما
سقط في حق الباقين بعفو بعض الورثة واما ولاية
النكاح فنقول الثابت هناك حق التزويج لو احد
منهم على البدل او نقول ثبت لهم جميعا وينزلون
منزلة الشخص الواحد غير انه اذا زوج واحد من كفو
بمهر المثل وجب على الاخرين الرضا به وما وجب على
الانسان الرضا به لا معنى لمراجعته فيه فكذا
لا يرى اجبر و ثبوته للوارث ابتداء باطل بقسمته على
فرائض الله تعالى وثبوته للزوجة كما يثبت للابن ثبوته
للانثى مع الذكر فانه لا عهد بمثله في الولايات وقولنا
دعوى انتفاء الاهلية في حق الصغير فباطل بحال
الاحرار وبحال الكبير فانه ينقلب حق الصغير
مالا وكيف انقلب مالا ولا حق له اصلا قولهم

ان الحق غير ثابت عند الانفراد بل ينتظر اذا الصبي
البلوغ الى المنتسب قلنا باطل قطعا بما اذا مات
الصبي وخلف اخوه وابن عمه فانهم يرثون القصاص
عنه اجماعا ولولا ان الحق ثابت له في الحال لما جرى
فيه الوارثه تمسكوا بما روي ان الحسن قتل ابن ملجم
لما قتل عليا كرم الله وجهه وكان في الورثه
صغارا ولم ينتظر بلوغهم ولم ينقل عن احد فيه
نكير مع كون القصه انتشرت وطبق بها الارض
فكان اجماعا والجواب من وجهين احدهما ان ابن
ملجم كافر فقتل بكفره بدليل قول رسول الله صلى الله
عليه وسلم لعلي عليه السلام ان اشقى الاولين
من عقر ناقة صالح وان اشقى الاخرين من خضب
هذه منك واشار الى لحيته وراسه ومن يكون اشقى
الاخرين لا يكون الا كافرا الثاني ان دعوى
الاجماع مبني على انتشار الواقعه ثم اثبات سكوته

ثم اثبات ان السكوت كالقول من التقديرين اما
الانتشار فحكم واما السكوت فلا يتصور معرفته
فلئن قالوا لو انكر لنقل قلنا ليس كل واقع منقولا وانما
الذي يجب نقله بحكم العاده مما يتوفر الدواعي على نقله
من الاشيا العظيمه والامور الجسيمه كما روي
من اجماع الصحابه مع ابي بكر على قتال مانعي الزكوه بعد
ما جرى بينهم من التشاور والتشاجر واجماعهم
ايضا على قتال اهل البغي وما نقل ايضا من ضرب امير
المومنين عمر الخراج على اهل العراق فان هذا يعد اجماعا ا
اذا كان منقولا على جماعتهم وظهر اتفاقهم فاما ك
فتوى فقيه في احاد المسايل في بعض زوايا الارض
ما لا يجب نقله لعدم توفر الدواعي على نقله واذا
بطل كونه اجماعا انتفى قول واحد من الصحابه
وقول الواحد من الصحابه ليس بحجه عند الشافعي
ثم نقول كما ينتظر بلوغ الصغير لم ينتظر قدوم الغا

وهو محمد بن الحنيفة رضوان الله عليه مع اعتنا حصوه
اجماعا وكما انا لم نلتفت في تعاليب خالفنا في الصغير
دل ان الحجة لا تقوم بمذهب احاد الصحابة مسالة
من استحق القتل قصاصا او حدا اذا التجى الى الحرم
لا يعصمه الحرم عندنا بل يستوفى منه القصاص
ويقام عليه الحد فيه وقال ابو حنيفة رحمه
الله لا يقتل في الحرم لكن لا يبايع ولا يشارى
ولا يكلم حتى يضطر الى الخروج فيقتل في الحال
ثم ناقضوا هذا فقالوا لا يمنع من الماء والطعام ولا يمنع
وكيله من البيع والشراء والحرم معناه مكة
وما احاط بها من المواقيت التي يحرم منه الناس
ولا خلاف في انه لو انشا القتل في الحرم يقتل فيه
وان من استحق عليه القصاص في طرفه اذا التجى
يستوفى منه وماخذ النظر ان المطلق سبب
المانع عندنا وعكسه عندهم فالشافعي متمسك

بطرد القياس الجلي والضمان موجب الاستيفا
والخصم يقول الذي يكون البادي مانعا من الاستيفا ولا
تعلوا بقوي عموم قوله تعالى ومن دخله كان امنا
وزعموا ان ذلك يقتضي ثبوت الامن لكل داخل نظرا الى
عموم صيغته من فانها تعم فيمن يعقل وقد اعتضد استصحاب
الشافعي بشهادة الحكم والمعقول اما الحكم فسلمنا ان احدا لو
قطع الطرف فان حق الادمي في طرفه دون حقه في نفسه
فاذا اقتضت عصمة الطرف تقديم قصاص الطرف
على حرمة الحرم فلان يقتضي عصمة نفسه تقديم قصاص
النفس عليها من طريق الاولى فلئن قالوا الاطراف
تجري مجرى الاموال وتجري مجراها بدليل ان الصحيحة
لا توخذ بالشلا ولا كاملة الاصابع بناقصة الاصابع
بخلاف النفوس قلنا باطل من وجوه احدها جريان
القصاص الثاني ان ذلك يبطل بالصيد المملوك
فانه مال حقيقة ثم الحرم يعصمه ومسابه المال لا يزيد

عن المال الثالث ان هذا الخيال ان استقام في
قصاص الطرف لا يستقيم في القتل في الزهوق اذ
ليس فيه شبه الجهد الاموال بحال ثم ولم لا يعصمه
الحرم المسالة الثانية فاذا انشا القتل في الحرم
فانه يقتل فيه وفاقا ولئن قالوا الحرم انما يعصم من
جعله معقلا وموئلا واوى اليه على مثال الالتجا الى
ابواب الملوك اما من جنى بين يدي الملك او بحضرته
كان جديرا بان يغلظ عليه قلنا هذا باطل على اصلكم
بان الجاني بالحرم في جنح الليل وهو لا يشعر بان كان
نائما او غافلا فانه يعصمه مع انتفا الالتجا وكذا لو
دخل مكرها مقهورا او يطلب لصاحبه يدخل
ولا قصد له ولا اراد الدخول فان الحرم يعصمه
واما المعنى فهو ان الضابط عصمة النفوس حق
العبد فانه شرع لمنفعته ومصلحته وحرمة البقعة
حق لله تعالى والله تعالى مستغن عن الحقوق

وحق العبد مبني على الشح والمضايقة وحق الله تعالى
مستغن على اليسر والمساهلة فقدم حق العبد لحاجته
لا لشرفه ودليل اعتبار هذا الرجحان ان من اجتمع
عليه رجم وقصاص وحد قدم حق القصاص اجماعا
واما الاية فقد ذكر علماء التفسير انها وردت اخبارا
عما كان في قديم الدهر وسالف الزمن وذلك ان القرى
حول مكة كانت محط الغارات ومهبط الحتف
والافات ومكة محروسة مصونة لا تنالها الايدي ي
ولا يقصدها قاصد نصرف الله عنها الدواعي وجعلها
امنا فذكرهم الله الاءه ومننه وما كان انعم عليهم في
سالف الزمن ويدل على صحة ذلك قوله تعالى وقالوا
ان نتبع الهدى معك نتخطف من ارضنا اولم نمكن لهم
حرما امنا يجبى اليه ثمرات كل شيء وقوله اولم يروا
انا جعلنا حرما امنا يجبى اليه ثمرات ويتخطف الناس س
من حولهم افبالباطل يؤمنون وقوله تعالى الذي

اطعمهم من جوع وامنهم من خوف وقد ذكر بعض اهل اللايه
ما ونلان لاحدهما قول ابن عباس رضي الله عنه ان
المراد بها الامن من عذاب القبر والثاني الامن من
عذاب يوم الحج قوله ومن دخله كان امنا معناه حاجا
بنا على الغالب فقد قال صلى الله عليه وسلم من مات
ولم يحج فليمت ان شا يهوديا وان شا نصرانيا ثم قال
ومن دخله كان امنا اي من هذا الوعيد كما توعد
بالعقوبه على الكريم وقال لا اله الا الله حصني فمن حصني
امن علالي

مسايل الديات

مسله ديه اليهودي والنصراني ثلث ديه المسلم عندنا
وديه المجوسي ثلثا عشر ديه المسلم وقال ابو حنيفه
رحمه الله ديه اهل الكتاب والمجوسي والمعاهد مثل ديه
المسلم والديه الواجبه في قتل المسلم مايه من الابل
فاذا كانت موجوده مما لا يجوز العدول عنها الى غيرها
الا بالتراضي على طريق المعاوضه فان عوزت اما

بان لا توجد او وجدت باكثر من ثمن المثل فقال الشافعي
في الجديد يعدل الى قيمتها من الدنانير والدراهم فينظر
الى الابل التي لو كانت موجوده وجب دفعها فيجب
قيمتها بالغه ما بلغت فعلى هذا يكون للنفس بدل واحد
وهو الابل والدراهم والدنانير بدل البدل وقال
في القديم اذا عوزت الابل وجب الف دينار او اثنا
عشر الف درهم فعلى هذا يكون للنفس ثلاثه ابدال
الابل والدنانير والدراهم ويكون ديه المجوسي على هذا ثمان
مايه درهم وعلى القولين جميعا لا يجوز العدول عن الابل
مع وجودها وقال ابو حنيفه هو بالخيار ان شا
دفع مايه من الابل وان شا الف دينار وان شا
عشره الاف درهم وماخذ النظر فيها ان الديه عندنا
وجبت في مقابله المحل اعني بدلا عن ذات المقتول
وقد قررنا في مسله قتل المسلم بالذمي ان لا مساواه
بين المسلم والكافر واحرى بما قررناه ان المسلم

والذمي يتفاوتان في العصمة من حيث ان عصمة الذمي تبع
لعصمة المسلم والمقصود بشرعها واثباتها نفع المسلمين
وما يحويه الفايده عايده الى المسلم فكانت مرادة له
فدل انها تابعة لعصمة المسلم ولا يمكن ان تكون مساوية
واذا لم يستويا في العصمة دل على اختلافهما فلا يجوز
ان يتساويا في بدلهما الا ترى ان الثوبين والعبدين
اذا تساويا في بدلهما دل على تساوي ذاتيهما فان قالوا
وهو ما حد الديه ليست واجبه في مقابله المحل واحترامه
بل هي واجبه في مقابله المالكيه وشرطه بها لانها تدل
على كمال الشخص بالنسبه الى الاعراض الدنيا وبه فلذا
قال كملت المالكيه كملت الديه وان هي نقصت
نقصت الديه وكمال المالكيه بملك النوعين جميعا ملك
اليمين وملك النكاح وقد راينا ان للحر الكافر
كالحر المسلم في ملك النوعين جميعا فقد استويا في
احكام الدنيا وكلما يرجع الى امورها واسبابها

احوالها وربما كان الكافر فيما يرجع الى احكام الدنيا
ارجح وانما عز الاسلام والمجازاه عليه يكون في العقبى
قال الله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة
لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج
عليها يظهرون ثم قال وان كل ذلك لما متاع الحيوة
الدنيا والاخرة عند ربك للمتقين وقال صلى الله
عليه وسلم لعمر اما علمت يا عمر ان لهم الدنيا ولنا الاخرة
قال ولا حرج على هذا العبد والانثى فان كل ملك احد
نوعي الملك فلم يكمل ديته والجواب ان ما ذكروه
فاسد من وجهين احدهما انا نعلم ان احد الملكين ملك
اليمين لانه هو الاصل وملك النكاح مشبه له ليس في
النكاح حقيقة ملك وانما معنى النكاح الازدواج والاشتراك
فللزوج على الزوجة حقوق وللزوجة على الزوج
حقوق وانما حق الزوج هو الراجح ولهن مثل الذي
عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة وان كان الملك

للخيفي وهو ملك اليمين فكان ينبغي ان من سلب هذا
الملك بالكليه ان ينقص ديته الى غايه ومن ثبت في حقه
هذا الملك ان يكمل ديته وانتم قد فعلتم على العكس من ذلك
فان الانثى تملك ملك اليمين وديتها على الشطر والعبد
لا يملك ملك اليمين وديته كديه الحر الا عشره دراهم
الثاني ان ذلك يبطل بالامه فانها لا تملك لا ملك
يمين ولا ملك نكاح فكان ينبغي ان لا يضمن اصلا فنقول
ان الديه لا تكون في مقابله الملك وانما هي في مقابله المحل
المحترم وقولهم ان المسلم والكافر يستويان في احكام
الدنيا وانما يظهر علو الاسلام في الدار الاخره قلنا هذا
الكلام لا نرتضيه دون من فان عنصر الاسلام وفضله
يظهر في الدنيا والاخره وما المانع من ذلك وقد ورد
الشرع به قال الله تعالى ام نجعل الذين امنوا وعملوا
الصالحات كالمفسدين في الارض ام نجعل المتقين
كالفجار ولم يضرب الشرع عليهم الجزيه والصغار د

وميزهم عن المسلمين بالغيار واخذ الشعار ومنع علو
بنيانهم وامر بالجائهم الى اضيق الطرق الا لاظهار د
عن المسلم وذل الكافر فدل على ان ما ذكروه باطل من كل
وجه فان قالوا هذا الكلام في نفي المساواه فعلى ما عدوه لتم
من التقدير والقياس لا يهتدي اليه قلنا نعم الها س
لا يهتدي اليه التقدير ولكن يهتدي الى نفي المساواه
اما التقدير فقد استفدناه من التوقيف قال
الشافعي رضي الله عنه صح عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه جعل الديه مايه من الابل ثم قومت عند
اعوازها فبلغت ثمانيه الف درهم وثمان مايه دينا د
فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ديه اليهودي
والنصراني ديته الاف درهم وكان على النصف
من التقويم فاخذ بهذا المذهب مالك
وقال ديه الكتابي نصف ديه المسلم فلما انتهى
الامر الى امير المومنين عمر غلت الاسعار وعزت

الابل فصعد وخطب خطبه المسهور وامر بقوم
الابل الى اثنى عشر الف وجعل دية اليهودي والنصراني
على ما هي عليه من اربعه الاف درهم قال الشافعي
هذا من فعل عمر على انه عرف من جهة النبي صلى الله
عليه وسلم ان التقدير باربعه الاف درهم تعبد وكذلك
وفي حق المسلم تقويم وذلك قد يرتفع وينخفض
فالشافعي اخذ بقضا عمر لانه لا يقدم على مخالفة
نص الرسول عليه السلام الا وقد علم نا سخا والحديث
حكايه فيحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد
اوجب النصف من دية المسلم ترغيبا وتطييبا لقلوب
الكفار حربا على عادتهما ودى يهوديين عامر
من عنده وقضا عمر يحتمل لمخالفة النص فان عارضوا
بما روي ان الزهري قال مضت السنه على عهد
الصديق والفاروق وعثمان وعلي
ان دية المعاهد مثل دية المسلم قلنا مراسل الزهري

على

عن مشخصته لانه كان تعتبر لا يقينا بشرط في الرواية
عن كل واحد مسئله الجنين الرقيق يضمن
عندنا في الجنايه بعشر قيمه امه ذكرا كان او انثى قال
ابو حنيفه يضمن بقيمه نفسه فان كان ذكرا وجب
على عاقله الجاني نصف عشر قيمه نفسه وان كان انثى فعشر
قيمتها وماخذ النظر ورود الشرع في جنين الحر
خمس من الابل عند اعواز الغره فاعتقد الشافعي
ان المعتبر في تقديره الجنين نسبته الى الام ترجيحا
لجانب التبعيه وهو عشر ديتها فاوجب في الرقيق
عشر قيمه الام لان جراح العبد من قيمته كجراح
الحر من ديته واعتقد ابو حنيفه ان المعتبر فيه
نسبته الى نفسه ترجيحا لجانب الاصاله والاستقلال
وهو نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديتها
ان كانت انثى فاوجب في جنين الامه في هذه النسبه من
قيمته لان جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته

واعتقد ابو حنيفة ان المعتبر فيه نسبته الى نفسه ترجيحا
جانب الاصالة واستقلالا وهو نصف عشر ديته ان
كان ذكرا وعشر ديتها ان كانت انثى فاوجب في جنين
الامة على هذه النسبة من قيمته لان جراح العبد من قيمته
كجراح الحر من ديته فيختلف عنده ضمان الذكر والانثى
هاهنا وعندنا لا يختلفان ومستند هذا التجاذب
تعارض جهة الاصالة والتبعية في الجنين فانه اصل
بنفسه من حيث انه يستقل بحيوته ومماته حتى يتصور
ان يموت احدهما وبقى الاخر ساعة او ساعتين ثم يصرف
بدله الى ورثته ويقسم على فرائض الله تعالى ومن
حيث انه يتصل بالام اتصال خلقة على وجه يتغذى
بغذائها بواسطة الطعام والشراب الذي يستقر
في معدة الام فان القوة الهاضمة والمحيلة اذا عملت
فيه صلح ان يكون غذا يجريه في معدة الام فان القوة
الهاضمة والمحيلة اذا عملت فيه صلح ان يكون غذا

تجريه ما تحلل من اجزايها وانتشر بواسطة العروق نصيب
كل جزو والبه كذلك يتصل نصيب الجنين به على مثال
تغذي النبات لا على معنى انه لا يصل الى جوف الجنين
فان ما تطعمه الام لا يصلح غذا ولو بعد الانفصال
بسنين فمن هذا الوجه يقتضي ان يكون تابعا للام
في الاحكام وقد لاحظ الشارع في احكام الجنين
جميعا حتى صح اضافة الوصية الى الجنين له وبه دون
الام ووريثه من ابيه دون الام اشارة الى الاستقلال
وقضى باندراجه تحت بيع الام واعتاقها وساير التصرفات
اشارة الى الاتصال الموجب للتبعية فعند هذا
مال الشافعي في كل مذهبين نشا من اصل واحد فالمذهب
الذي فيه محافظة على حكم الاصل اولى بالاعتبار من
المذهب الذي فيه اهدار حكم الاصل وما ذهبنا اليه
مقرر للاصل من وجوه منها ان له نظرا في الشرع فا
الى الام نسبة واحدة ولا تفرق بين الذكر والانثى

مع الجناية منفقة وما ذكره ابو حنيفة لا نظير له في
القواعد بل هو مخالف لها فانه حكم باختلاف النسبة
مع الاتفاق في الجناية على الذكر كالجناية على الانثى
ثم نسب الذكر الى قيمته بنصف عشر ونسب الانثى
بعشر وهذا مخالف للاصول الا ترى من قطع يد حر
وجب عليه نصف ديته ولو قطع يد عبده وجب
عليه نصف قيمته الثاني ان اعتباره بنفسه
يفضي الى تفضيل الانثى على الذكر فان قيمة الذكر
اذا كانت مائة فيجب نصف عشرها وهو خمسة
وقد يكون قيمة الانثى مائة فيجب عشرها وهو
عشرة وتفضيل الذكر على الانثى مخالف للاصول
الثالث ان اعتباره بنفسه يؤدي الى اهداره
في كثير من المسائل فان الجنين في الغالب ينفصل منقطعا
لحما ودما لا يوقف على جودته ولا يطلع على صفاته
ولا مالية له في هذه الحال فيمتنع تقويمه واعتباره

بنفسه فلو قدر خروجه كامل الخلقة فلا يمكن معرفة صفاته
الباطنة من السمع والبصر فلعله ابكم او اخرس فثبت
ان اعتباره بنفسه يؤدي الى اهداره حيث لا يمكن
تقويمه ومعرفته في اعتباره بامه محافظة على ذمته
بكل حال فانا لا ننظر اليه فان عارضوا بان اعتباره
بامه يفضي ايضا الى مخالفة اصلين احدهما ان الانثى
كما لا تفضل على الذكر لا تساوي بينهما وبين الذكر
الثاني ان اعتباره بامه يفضي الى تفضيل الميت
على الحي وهو مخالف للاصول فان هذا الجنين لو
كان حيا لعله اذا قوم كان قيمته دينارا وقد اوجبتم
فيه عشر قيمة امه بكل حال وقد يكون ذلك عشرة
وقد يكون امه مائة فقد فضل الميت على الحي ذلك
لا وجه له فان الجنين تشعر بكمال حاله والموت يشعر
بنقصان حاله وكمال الحال يقتضي كمال الضمان
والنقصان يقتضي النقصان واسم عكستم القضية

ومما الزام محمد بن الحسين رحمه الله **والجواب**
عن الاول ان نقول لا سواء سلمنا التسويه والتفضيل
فان مستندنا في التسويه بان لا تسويه بين الذكر
والانثى النص المنقول في الجنين فان صاحب الشرع
صلوات الله عليه اوجب الغره في الجنين ولم يبال
اذكرا ام انثى مع ان تاثير الذكوره في تفويت الديه
اكثر من تاثير الحسن والقبح في تفاوت القيمه
وكان السر فيه انه لما انقسم صور سقو طا...
الى قطع الاطراف وحصا التخطيط والتسابل على
ما بيناه وضع الحكم وضعا يغني عن تتبع التفاصيل
المشتبه وقدر تقديرا او حدا لا نحوج الى البحث
عن صفات الجنين وهو محل الغموض كذا به وضع
الغوالب والاسباب الحاويه مجاري المعاني
ولهم تأتيا في حسم مراد الاشكال وقطع النظر
عن تفاصيل الصور ان فيما ذكر نحو تحصيل المبيت

على الجمي بل مستند ذلك اختلاف جهه الضمان
لانه في حال الاتصال يقع وفي حال الانفصال اصلا
فاختلف الضمان كذلك وصار هذا كالاطراف
فانها اذا فوتت مقصودا بان قطع يديه ثم رجليه
ثم فقا عينيه وجبت ديات ولو قتله فاتت
هذه الاطراف تبعا ولا يجب الا ديه واحده ثم لا
بعد ذلك تفصيلا للبيع على الاصل كذلك ههنا
فان قالوا اما ذكرتموه ينتقض بمسئلتين احديهما
الجنين الحر في وطي الرقيقه فانه لا يعتبر باصله وهو
نقص الفاعله الذي ذكرتموها الثانيه الجنين المسلم
في بطن رقيقه كافره فانه لا يعتبر بقيمه الام وهي
كافره اما النقض بالجنين الحر فغير لازم لان بدل
الجنين الحر مقدر بتقدير الشرع وكما لا يعتبر
بامه عندنا لا يعتبر بنفسه عندكم فاستوت
الاقدام في هذا الالزام واما الجنين المسلم في بطن

المسلم في بطن قبقه كافره فلا يعتبر ابه عندنا لكن
بقدرها الاسلام فلئن قالوا اذا قدرتم صفة الاسلام
فهلا قدرتم صفة السلامة فيها اذا كانت معيبة
قلنا فيه منع وان سلم فلان سلامة الجنين غير
متيقنة وان سلم ظاهرا طرافه من حيث الشكل
خلاف الاسلام فانه متيقن **مسألة** القتل
العمد يوجب الكفارة عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله
لا يجب الكفارة الا في الخطا وشبه العمد وكذا الخلاف
فيمن قتل بسبب مثل ان صب الحجر وحفر البير ونصب
السكين ونحو ذلك من الاسباب التي تتعلق
بها ضمان الدية فان عندنا تجب بها الكفارة وقال
ابو حنيفة لا تجب الكفارة في شيء من ذلك غير ان ماخذ
الخلاف يثبتا وبينه في المسبب امر لفظي وهو
ان فاعل السبب هل يسمى قاتلا او لا يسمى فعنده
لا يسمى قاتلا واما المباشر عمدا وهو المقصود

ههنا كون الكفارة عندنا شرعت جبرا
لما فات من حق الله تعالى كما وجبت الدية جبرا
لما فات من حق الادمي وهذا لان الادمي يشتمل
على حقين حق الله تعالى وحق للادمي في نفسه فاما
حق الله تعالى في نفسه فقيامه بطاعة الله متحملا امانة
باعتبار العبادة لتكليفه والخلافة في ارضه قال تعالى
اني جاعل في الارض خليفة ودليل تعلق هذا الحق بالعبا
ما روي انه صلى الله عليه وسلم سئل فقيل ما حق
الله على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيئا
فذكر قوله ان تعبدوه لبيان حق الشرع واذا
ثبت تفويت هذا المعنى بقتله ناسب ايجاب
التدارك بقدر الامكان باقدار نفس اخرى على
فامنه بالاعتاق بقيام لله تعالى بعبادة الصيام
فزيادة العمدية ان لم تناسب التغليظ فلا تناسب
الاسقاط في شبه العمد وزعمت الحنفية ان الكفا

حيث وجب انما وجب جزا على الفعل الدا ير بين
الحظر والاباحه حيث بيا نسب شرع زاجر بلايمه
ويلوبه قالوا ودليل شرعها جزا على الفعل تعددها
على شركا القتل مع اتحاد المحل ولو وجبت في مقابله فايت
لوجبت على جماعتهم كفاره واحده كالديه لما وجبت
في مقابله المحل الفايت قالوا واذا ثبت شرعها جزا
على الفعل ولا يخفى امتناع وجوبها في العمد لان جزا العمد
ما نطق به الكتاب العزيز قال الله تعالى ومن
يقتل مومنا متعمدا فجزاوه جهنم خالدا فيها وغضب
الله عليه ولعنه واعد له جهنم وسات مصيرا
هذا جزاوه في الاخره وثبت القصاص جزا في الدنيا
اما تاخر وبسطل شرع جزاين على فعل واحد
والجواب قولهم انها وجبت جزا على الفعل
قلنا ممنوع واما تعدد الكفاره في صوره الاشتراك
ففيه منع ولا يوجب على الكل الا كفاره واحده وعلى

التنا

التسليم تقول هي عباده فلا يجري فيها كما كان البعض حكما
للسبب والبعض وسيلة الى الواجب كما قررنا هذا المعنى
في القصاص وهذا هو الجواب عن المسايل الاتيه فانا
لم نوجب الكفاره جزا على الفعل بل شرعناها جبرا للخلل
والجمع بين الجبر والجزا غير ممتنع فانهما حكمان شرعيان
شرعا لغرضين مختلفين فان قالوا الفوات والجبر انما
يعقل في حق من يتصور بالفوات ويجبر بالجبر وهو
العبد اما الرب تعالى فمنزه عن الضرر والنفع فلا
يعقل في حقه الخسران والجبران قلنا منافع الحقوق
كلها وان كانت راجعه الى العبد لكن بعضها
دنياويه وبعضها اخرويه ولو ترك العباد ودواعي
نفوسهم لا يقتصروا على الاسباب المفضيه لحقوق
تتضمن منافع الدنيا وجزموا سعاده الاخره الا الابرار ن
الصالحون وقليل ما هم فان معظم الهمم لا يتجاوزوا
العاجل ولا ترقى الى الاجل فاقتضت رحمه الشرع

للعباد ان لطف عليهم ولطايف تمامها عبادات وجعلها
حقوق نفسه وحافظ عليها بما حافظ المستحق على
حقه من احد ويحرص ليشوقهم بها الى سعادة الاخره
فكما صح اثبات الشرع حق الشرع ابتداؤها المعنى مع
استغنايه عن الكل صح شرع الكافر فيه دواما تحقيقا
لهذا المقصود وبالجمله معنى قولنا حق لله اي شي تحصل
به السعاده اصل عند الله تعالى فانه تعالى مستغنى
عن الحقوق كلها مسله اذا ارتدت المراه تستتاب
فان تابت والا قتلت وقال ابو حنيفه لا تقتل
بل تحبس ويستدام حبسها الى ان تتوب او تموت
وللمسله ماخذان توقيفي ومعنوي اما التوقيفي فاختلاف
الفريقين في عمومه من اذ قد صح عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم فيما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنه
اذ قال من بدل دينه فاقتلوه تعلق به الشافعي لان كلمه
من اذا وقعت شرطا عمت الذكور والاناث وعليه

وعليه دلت نصوص الكتاب والسنه والاحكام
م قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا ومن يقتل مومنا متعمدا
ومن دخله كان امنا من عمل صالحا من ذكر او انثى
وقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميته فهي له من دخل
دار ابي سفيان فهو امن من كان يومن بالله واليوم
الاخر فلا يوذي جاره الى غير ذلك من الايات والاخبار
فاما الاحكام فاجراوها على العموم في الايمان والتعليقات
والطلاق والعتاق كقوله من دخل الدار من نسايي فهي
طالق ومن عبيدي فهو حر فانه يشمل الذكور والاناث
وعلى الجمله اتفق الشرع والوضع على القضا وزعمت الحنفيه
انها تتناول الذكور دون الاناث بدليل دخول الجمع والتانيث
عليها على وزان غيرها من الاسما فقال من ومنان ومنون
صفه مثل منات قال الشاعر ابو نادي فقلت منون
انتم فقالوا الجن قلت عموا ظلاما ونحن نقول هذا جهل
من قايله بالشرع واللغه جميعا فان من كلمات اللغه

جميعا فان حلبات اللغه ان الذكور والاناث اذا اجتمعوا
عبر عن الجمله بصيغه الذكور ويدل عليه الاطلاق
في العادات والايمان في قول القايل من دخل الدار
فاعطه ومن زارك فاكرمه ومن نصوص الكتاب
والسنه من هذا القبيل ما يزيد على الف وما ذكروه
من التذكير والتانيث والتثنيه والجمع فانما
يبطل ذلك في صيغه الاستفهام والاستخبار على
الغير كما لو قال قتل رجل فيقول المستفهم من ولو
قال قتلت امراه فيقول منه اما في الخبر فلا خلاف
بينهم انها عامه ولو قال ابتدا منه دخلت داري
فاعطها سفه في عقله واستهجن كلامه والجمع في البيت
المستشهد به استفهام مع انها لغه شاذه والقانون
الاصلي ما ذكرناه الماخذ الثاني اختلاف المذهبين
في العله الموجبه لقتل المرتد فعندنا هي تبديل الدين
الحق بالباطل وعندهم الحراب والقتال ودليل رحان

نظر الشافعي فيه اسنا د تعليله الى ايما النص وتنبيهه
عليه فان قوله صلى الله عليه وسلم من بدل يتبدر الى الافهام
منه تعليل شرع القتل بالتبديل كما في قوله تعالى
السارق والسارقه فاقطعوا ايديهما وقوله الزانيه
والزاني ودليل صلاحيته عله من حيث المعنى
هو ان القتل اعلى العقوبات والكفر اعلى الجنايات
والرتب اعلى العقوبات على اعظم الجنايات مخيل
مناسب وترتيب الحكم على الوصف المناسب
يدل على التعليل كما في النظاير المذكوره فان قالوا
وهو ماخذهم لا نسلم ان عين الكفر يناسب القتل
او يصلح عله له وبيانه هو ان الكفر جنايه على حق الله
تعالى واجزيه الافعال في دار الجزا وهي الاخره اما دار
الدنيا فلا يكون العقوبه فيها جزا على الفعل وانما شرعت
العقوبات الدنيا ويه دفعا للضرر العاجل الذي ينشوا
منها لا انها مقابله لها اعتبر هذا بسائر العقوبات

فان القتل قصاصا انما شرع دفعا للضرر الذي ينشا
من القتل فانا لو لم نقتل القاتل ادى الى تسلط ذوي العرامه
على سفك دما العلمه وارباب السلامه وكان القتل
مشروعا مقتصا على ايدي الجناه واما الزنا فالعقوبه عليه
ايضا دفعا لما ينشا من الضرر بطريق اشتباه المياه وخلط
الانساب وبطلان التعارف بين القبايل والعشاير
وان لا يعرف الشريف من الوضيع وذلك ضرر عظيم
وكذلك السرقه فيها من الضرر الداخل على حق
الادمي وجنايه الكفر من هذا القبيل فان القتل لم
يشرع لعينه بل لدفع الضرر الذي نشا منه وهو الحراب
والقتال وذلك لان الكفار حرب لنا ولا نامن شرهم
وان يبدوا بالقتال وخراب البلاد وهذا المعنى انما
يتحقق في الرجال واما النسا فقد امن من جهتهن
هذا المعنى فان همه المراه عن صاحبه للقنا وما خلقت
كذلك بل هي مجبوله على الجبن والخور وملازمه الخبا

ولا تبرز مع الرجال في مقام القتال فلم يكن القتل في حقها
مشروعا اذ لا يخشى من جانبها ضرر يدفع والجواب
عن هذا ان نقول لم قلتم ان القتل في حق الرجال شرع في
مقابله دفع الضرر وما انكرتم على من قال القتل عقوبه
زاجره عن جنايه الكفر فكان مشروعا في حقها ايضا
ردعا لها عن ارتكاب الجريمه ولا مسا بانه لا يومن ذلك
في بنات جنسها وان يتسارع النسا الى ذلك مع ميلهن
الى الهوى قال الشافعي ولا نومن ان تفتن اولادها
سيما البنات فانهن يملن الى الامهات وهذا ايضا نوع ضرر
يخشى منه وقولهم ان العقوبات المشروعه في الدنيا
ليست جزا انما الجزا في الاخره قلنا باطل وانما الشارع
ان يجعل عاجله من ذلك العذاب وانذارا لذلك الموعود
به وقد سماه الشرع جزا قال الله تعالى جزا بما كسبا
ثم نقول المس الامه مجمعه على انها عقوبه مشروعه
محزيه وهذا نوع من العذاب مع عدم الضرار فان قالوا

لو كان الكفر والتبديل هو الموجب للقتل لما سقط القتل
بالاسلام لان العله سبقت لمن تاب بعد ما زنا قلنا كذا
كان القياس يقتضي لولا ان الشرع استثنى ذلك بقوله
تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف
وفي الثانيه قولان احدهما يسقط الحد ومن سلم اغتد
بان التوبه عن معظم عقوبتها والاسلام مجمع على صحته
شرعا مسئله امان العبد يصح عندنا سوا كان
ماذونا له في القتال او غير ماذون له فيه وقال ابو
حنيفه رضي الله عنه ان كان ماذونا في القتال
وان لم يكن له في القتال لم يصح وماخذ النظر فيها
الامان عندنا من قبيل الامر بالمعروف والنهي
عن المنكر شرع لمصلحه الدين وهو اشتماله على
الكفار واستعطافهم حتى يميلوا او يدخلوا
بلادنا ويشاهدوا ايات الله ومعجزات نبيه ويسمعوا
كتاب الله وربما استكانوا ودانوا ادركهم السعاده

فنطقوا بالشهاده والامان بمنزله الحج عليهم واقامه الدليل
فلو انهم طلبوا من العبد ان يصف لهم حجه الله ودلايله
وجب عليه ذلك طلبا للاسلام ودخولا في الدين فكذلك
الامان يجب ان يصح منه في الحكم ماخذ الخصم احدها
ان الامان من قبيل الولايات والعبد ليس من اهل الولايات
بدليل انه لم يكن من اهل القضا والشهاده وولايه النكاح
والمال من حق ولاده قالوا والدليل على ان الامان من
قبيل الولايات امران احدهما ان الامان يفتقر
الى نظر كامل وراي في العواقب من حيث ان الامان
ينقسم الى مصلحه والى مفسده فالمصلحه ان تكون
نعمه عامه الى المسلمين وغبطه ترتبط بهم والمفسده
ان يؤمن مثلا اهل اقليم وقطر فيعود ضرره على المسلمين
فانه ينسد عليهم باب القتل والاغتنام فلما كان الامان
ينقسم الى مصلحه تاره والى مفسده اخرى احتيج الى
الى نظر ليميز ما يكون فيه المصلحه مما يكون فيه المفسده

والعبد ليس من اهل النظر الثاني ان حد الولايه انها
تنفيذ القول على الغير وهذا بعينه موجود في الامان
فانه ينفذ قوله على غيره الماخذ الثاني قولهم ان الامان
من توابع القتال والعبد ليس من اهل القتال والدليل
على انه من توابع القتال ان الاصل كان ان لا يشرع الامان
وذلك لان الله تعالى شرع القتال قصدا لاستيصال
الكفار ومحقهم والامان ترك القتال وهو على ضده
والشرع لا يشرع الشي وضده وانما شرع الامان
لان فيه تتمه القتال لانا اذا امنا قوما صاروا لنا
اعيانا وجواسيس يطلعونا على عورات الكفار فيتوصل
الى مقاتلتهم وكذا بدءتهم ان يومن قلعه او حصنا ليتجاوزهم
الى من وراهم ممن هو اكثر منهم عددا او في جند اصلح
والجواب عن الماخذ الثاني من وجهين احدهما
انا لا نسلم ان العبد ليس من اهل القتل بل هو
من اهل القتال وان الامان امر بالمعروف ونهي عن المنكر

ودعا الى طاعه الله وهو من اهل ذلك نعم للعبد ان لا
يقف في الصف مجاهدا مع المسلمين لا لانه ليس
من اهله لكن لتعلق حق السيد بعينه وحق السيد
فرض عين والجهاد فرض كفايه فرجحنا فرضا على فرض
كما نقدم حق الزوج على حق المراه في البروز والخروج
ونلزمها قعر بيتها فكان المنع لاجل حق تعلق به ولهذا
اذا اذن له السيد ملك القتال والاذن لا يصير
غير الاهل اهلا بدليل الصبي والمجنون فانه لو اذن لهما
الولي لم يصلحا لان يكونا من اهله والذي يدل
على كونه من اهل القتال امر قاطع وهو انه لو ارتد
وجب قتله باتفاق المسلمين انما يقتل عند قوم بالكفر
من هو من اهل القتال ولهذا لم يقتلوا المراه اذا ارتدت
لانها ليست من اهل القتال ولهذا لم يقتلوا المراه
اذا ارتدت لانها ليست من اهل القتال الوجه
الثاني ان ذلك يبطل بالمراه فانها لا تملك القتال

ونملك الاثمان فان قلتم المراه من اهل القتال بمالها
فان لها ان تجهز جيشا للحرب والجهاد تاره يكون
بالمال وتاره يكون بالنفس قلنا يبطل لمر العشي فانه
لا مال لها مع انه يصح امانها فان قلتم هي بعرض ان تملك
مالا قلنا والعبد بعرض ان يوذن له او يعتق وبغير العام
فانه يجب عليه القتال مسايل الحدود
مسله الاسلام لا يعتبر شرطا في احصان الزنا عندنا
فاليهودي والنصراني اذا زنى وهو حر مكلف رجم فشرايط
احصان الرجم عندنا اربعه البلوغ والعقل والحريه والوطي
في نكاح صحيح بعد وجود هذه الثلاثه وقال ابو حنيفه
رحمه الله الاسلام شرط في احصان الرجم فان كانا كافرين
لم يحصنا حالا ولكن المسلم اذا وطي الكافره فانهما لا احصان
واعلم ان اثبات مثل هذه الشرايط ونفيها لا يهتدي اليه
القياس وانما يتلقى من مثل هذه الشرايط ونفيها لا يهتدي
اليه القياس وانما يتلقى من التوقيف ولم نعول الشافعي

في ذلك الا على النص وهذا ما رواه ابو علي الترمذي
في جامعه باسناده عن مالك بن انس عن نافع عن
ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا
ويهوديه زنيا وماخذ نظر ابي حنيفه في اعتقاد
الاشتراط اعتقاده ان الكفار غير مخاطبين بفروع
الاسلام وقد دللنا على بطلان ذلك في مسله حود
اهل الذمه بما اغنى عن اعادته غير انهم اوردوا
على الحديث سوالين مزيفين احدهما قولهم انه رجمها
صلى الله عليه وسلم بحكم التوراه لا بحكم الاسلام بدليل
انه دخل بيت مدارس اليهود واستحضر التوريه وجعل
ابن صوريا يقرا فوضع يده على ايه الرجم فقال عبد الله
بن سلام مره يا رسول الله ان يرفع يده فوضع يده فاذا
ايه الرجم تلوح فقال صلى الله عليه وسلم انا احق من احيا
سنه اماتوها وال من اشرك بالله فليس بمحصن
والجواب عن الاول ان نقول لم فعله

رسول الله صلى الله عليه وسلم هل كان له وجاز في شرعه
ام لا ان قلتم فعل ما ليس له فعله ولا هو شرعه فنعوذ
بالله من هذا الكلام فانه نسبه للانبيا الى ارتكاب الكباير
واراقه دم امري معصوم سيما على اصلكم عصمه الذمي
كعصمه المسلم وقد اجمع المسلمون على ان الانبيا معصومون
عن الكباير وان قلتم فعل ما له فعله وهو جايز
في شرعه قلنا فيه اسوه حسنه واما دخوله بيت مدارس
اليهود واحضار التوريه فانما كان ليبين لعامه اليهود
تجاري احبارهم وكذبهم على الله وتحريفهم الكلم
عن مواضعه وانهم غيروا وبدلوا وكتموا نعته
واعلام نبوته التي نطقت بها كتبهم قال الله الذين
اتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابناهم وان فريقا
منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون الحق من ربك فلا تكونن
من الممترين فتبين ان هذا مما حرفوه واسمه
ويعينوه واما الحديث فقد قال الدارقطني هو

موقوف على ابن عمر لا مرفوع وعلى التسليم فهو محمول لان
الاحصان يطلق ويراد به العفه ويطلق ويراد به احصان
الرجم ولا يترك الحديث النص بلفظ عام او محتمل نقل
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسئله لا نعتبر
التكرار في الاقرار بالزنا عندنا وقال ابو حنيفه
رحمه الله يعتبر اربعه او يعتبر اربعه مجالس وماخذ
النظر من جانبنا القياس الجلي وهو اوضح من فلق الصبح
وذلك ان اقراره مره واحده يغلب على الظن
صدقه وتكراره لا يعدي فايده ولا يزيد ثقته
ولا يقطع تهمه بل المره الثانيه والثالثه والرابعه
كالاولى لانها من شخص واحد فلو كرر مايه مره ما كان
الا قول واحد ولا يحصل لنا غير ما عرفناه بالمره
الاولى فهو بمنزله الشاهد الواحد اذا قال عند
الحاكم اشهد واشهد مايه مره ما كان الشهاده
واحده نعم اذا شهد واحد وواحد وكثر عددهم

افاد ذلك فائده وزاد عليه ظن لا يحصل بالاول فان
قالوا فائده التكرار نفي شوائب الاحتمال فان الرجل
قد يكون مجازفا متهما جاء لسر علي نفسه ما اقر به فاذا
كرر عليه وصمم علي شي واحد واصر عليه عرفنا
انه علي ثقه من نفسه عارف بما دخل فيه قلنا هذا
غير صحيح لانا لسنا نقتصر علي اقراره مره واحده حتى
نستوضح منه حاله ونكشف عن باطن امره ونساله
عن سر القصه فان الحاكم يقول له لعلك لمست
لعلك ضاجعت ولا يكتفي منه بعباره محتمله حتى
لو قال جامعت لا يكتفي دون ان ياتي بالكاف والنون
ويقول غاب ذلك مني في ذلك منها كغيبوبه المرود
في المكحله والرشا في البير ومع هذا الاستكشاف
والاستيضاح لا يبقى خيال ولا احتمال فان
قالوا هذه الواقعه قد عرفت من سائر الوقايع
بزياده شاهدين فينبغي ان يعتبر في الاقرار ايضا

لانه احد الحجتين قلنا لو تصور في الاقرار زياده على
ما حصل في المره الاولى لقلنا لكم المسئله لكن قد بينا
انه لا يمكن ان يقال في التكرار زياده على ما بيناه بخلاف
الشهاده ثم دليل الفرق بين الحجتين ان احدهما
الحكم اعتبرتم في الاقرار اربعه اقارير في اربع مجالس
وفي الشهاده اعتبرتم ان تكون متفقه في مجلس واحد
الثاني ما ذكره الحلبي وذلك انه قال ابو حنيفه يعتبر
نظير الاقرار على الشهاده فاعتبر اربعه اقارير
بازاء اربع شهود وهذا لا نظير في الشرع كل اقرار
بازاء شاهدين فكان حقه ان لا يقبل في سائر الحقوق
الا اقرارين لانها ثبتت بشهادتين فلما ثبت باقرار دل
ان كل اقرار بازاء شاهدين ومما نص عليه ابو حنيفه رحمه الله
في هذه المسئله انه لو شهد اربع شهود على رجل بالزنا فاقر
مره واحده بطلت شهاده الشهود ولا يثبت الزنا وان
كذبهم ثبت الزنا ووجب الحد اما الحكم فلا مدخل

لك في هذه المسلسوى حديث ماعز وذلك
ماروي ان ماعز بن مالك جاء الى النبي فقال يا رسول الله
زنيت فطهرني الى ان قال ذلك اربع مرات فلما قالها
اربع مرات قال له النبي صلى الله عليه وسلم الان اقررت
اربعا فمن فذكر جلده زنا بها وهو النص والجواب
عن هذا الاستدلال من وجوه احدها ان الحديث
لم يصح على الوجه الذي ذكروه بل الصحيح ما روى
ابو داود في سننه ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه
وسلم يا رسول الله طهرني ولم يرد على ذلك وانما قال في
الرابعة انا زنيت فطهرني الثاني ان صح على الوجه
الذي رووه فالنبي صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك لانه
استراب بحاله لانه دخل عليه اعرابي [illegible] شعث [illegible]
ليس على النعت المرضي لا عليه وقار العقل بل [illegible]
فلما راه رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك انكر حاله
وقال استنكهوه فاستنكهوه ولم يروا به اثر خمر

ثم قال انك خبل اكل عسه وبعث الى اهله وقال اهل
تشكون من حاله شيئا فقالوا انا استكشفنا عن طوايه
فقال انك تدري ما الزنا لعلك قبلت لعلك لمست حتى
قال عاب ذلك منك ذلك منها كالمرود في المكحله
والرشا في البير فقال نعم ولم يقنع بذلك حتى صرح بالكاف
والنون وذلك انما كان لاسترابه بحاله لا ان تكرار الاقرار
شرط وان الاربع حد محدود الثالث معارضه ذلك
الحديث الحاصل لناصر وهو ما روي ان امراه من غامد
اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله طهرني
فقال توبي الى ربك واستغفري لذنبك فقالت
يا رسول الله اريد ان تردني كما رددت ماعزا وما
ذاك فقالت اني حامل من زنا فقال او قد زنيت
قالت نعم قال اذا لا ارجمك حتى تضعي ولدك فلما
وضعته جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول
الله قد وضعته قال اذا لا ارجمك ولا ادع لولدك

فقال رجل من الانصار يا رسول الله انا اكفل ولدها فغضب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وامر برجمها وهذا نص فيما
ذكرناه فانها اعترفت بالزنا مرة واحدة وانما اخر الرجم
لاجل ولدها **مسلة** للسيد اقامة الحد واشتراط
العدالة والذكورة وجهان محل القطع عندنا ما اذا
كان الحد جلدا او ثبت الزنا بالاقرار وحيث كان الولي
رجلا عدلا عالما بالاقامة واعلم ان الخصم في هذه المسئلة
من القياس عسر من جانبنا فان الحدود لله فلا يستوفيها
الا النايب والماذون والفاحشة لا تعلق لها
بالملك ولا يعود اليه فلا يملك اقامة الحد عليه
بذلك والاذن يتلقى من التوقيف وعليه عول الشافعي
اذا تمسك بحديثين مدروس في الصحاح احدهما ما اخرجه
مسلم في صحيحه والترمذي في جامعه باسناده عن الاعمش
عن ابي صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا زنت امة احدكم فليجلدها فاذا زنت فليجلدها

فاذا زنت فليبعها ولو بضفير قال الترمذي هذا حديث
صحيح الحديث الثاني قوله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود
على ما ملكت ايمانكم والحديثان صريحان في استنابة الشا
لاستيفا هذا الحق فان قالوا فانتم قد خالفتم الاحاد
فان ظاهر الامر للايجاب ولا خلاف انه اذا اقام الامام
جاز ولم يقصر به السيد قلنا لان الامر في مثل هذا المقام
للاذن والاستنابة والامام نايب بما دل على نيابته
والسيد ايضا نايب بحكم هذا الحديث فهما نايبان
والامر في محل الحظر ومظنة التحريم قد يحمل على الاول
والاباحة كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وكقول المالك لعبده بع مالي اي ثبت لك الولاية به
فهو صريح في اصل الاذن صيغته الوجوب ورتبته
للاباحة فان عارضوا بقوله عليه السلام اربعة الى
الولاة الخراج والحدود والجمعة والصدقات قلنا لم يثبت
ذلك بل هو من كلام ابن عمر وابن مسعود ولا حجة في قول

احاد الصحابة على ما علم من اصلنا ولا كلام عليه وان قد ذكر
ثبوته ولا يتعلق فيه لانه دل على انه الى الامام اقامة الحد
ونحن نقول به ونجمع بينهما فان السيد اذا امتنع عن اقامة
الحد او اعرض عنه كان للامام ان يقيمه هذا مستند
المذهب اما طريق القياس في المسئلة فقد استقصيناه
في التعليق الموسوم بدرر الغرر فليطلب منه مسئلة
اللواط يوجب الحد عندنا خلافا لابي حنيفة فانه
قال يعزر ولا حد عليه ثم في حده قولان احدهما وهو
المشهور انه يجب فيه ما يجب في الزنا والثاني انه يجب
فيه قتل الفاعل والمفعول به فكيف يقتل فيه وجهان
احدهما انه يقتل بالسيف والثاني انه يرجم ثيبا
كان او بكرا وهو قول مالك واحمد ومأخذ النظر
تنقيح مناط الحكم في حد الزنا فالنافي يقول
اللواط ان لم يكن زنا فهو في معنى الزنا لان الزنا له صورة
ومعنى فصورته الايلاج في فرج مشتهى طبعا

محرم شرعا ومعناه قضاء الشهوة في محل لا ولاية له عليه
وهذا المعنى موجود في اللواط حسب وجوده في الزنا
بل ابلغ لانه لا يستباح بحال بخلاف الاتيان في القبل
فانه يستباح بالنكاح والشرا وغير ذلك فان لم يزد
عليه في الاقتضا فلا اقل من ان يساويه وزعمت
الحنفية ان في خصوص الزنا معنى لا يوجد في اللواط
وذلك من وجهين احدهما ان الزنا اكثر مفسدة من
اللواط لافضائه الى اختلاط المياه واشتباه الانساب
وتضييع الاولاد في الغالب بخلاف اللواط الثاني ان
الزنا اغلب وقوعا لوجود الداعي من الجانبين بخلاف اللواط
والجواب عن الاول ان ذلك يبطل بالزنا بالصغيرة
والعقيمة والايسة فانه يوجب الحد مع انتفاء ما
ذكروه وعن الثاني انه يبطل بالزنا بالام والبنت والاخت
فانه يوجب الحد مع كونه في غاية الندور لقصور الدواعي
ثم هو ملغى بالاكل والشرب في نهار رمضان فانهم سووا بينهم

بينه وبين الجماع مع ان الداعي في الجماع من الجانبين وفي الاصل
من الاصل خاصه مسئلة المراه العاقله البالغه اذا
مكنت صبيا او مجنونا فوطيها يجب عليها الحد عندنا
وعندهم لا يجب ولا خلاف في عكسه وهو ما اذا زنى
عاقل بالغ بصبيه او مجنونه وللمسله ماخذان احدهما
ان فعل المجنون زنى عندنا وهم ينازعون فيه الثاني
ان اسم الزنا عنه حقيقه من الزاني والزانيه كما دل
عليه النص وعندهم هو حقيقه من الرجل ومجاز في المراه
ولنبدا من تقرير الماخذ الثاني فنقول الدليل على كون
المراه زانيه حقيقه المعقول والمشروع والاطلاق
اما المعقول فهو ان نقول ان كان الرجل فاعلا للزنا
لانه متحرك فالمراه ايضا فاعله لانها ساكنه اذ السكون
فعل كما ان الحركه فعل فان الاكوان منقسم الى حركه وسكون
واجتماع وافتراق والسكون من قبيل الافعال
الداخله تحت القدره والاختيار ما بحركه وبدل

عليه نزول المراه من على الرجل واشتد حالها اليه
فان المراه هاهنا هي المتحركه والرجل ساكن ومع ذلك
يجب عليه الحد دل انه لا نظر الى ما ذكروه فان الحركه
سيان في كونهما فعلا واما المشروع فهو ان الصايد
منها ترك الدفع الواجب وترك الدفع فعل بدليل
صحه التكليف به فانه مكلف بالترك في
باب الصوم ويقتل بترك الصلاه واما الاطلاق ف
هو ان الله تعالى سماها زانيه وبدا بها والاسم حقيقه
الى ان يقوم دليل المجاز ووزانه قوله تعالى السارق
والسارقه سواهما اثما وحدا فان قيل ان الزنا صفه
الفعل والمراه محل الفعل فهي مفعول بها كالمضروب
مع الضارب وكذا سميت موطوه والرجل واطيا ولو اشتركا
في المسمى لاستويا في الاسم والذي يقتضيه قياس
القواعد ومناهج الاصول لا يجب عليها الحد وان
كان شريكها عاقلا غير انا اوجبناه لكونها ملتمسه

وفيما نحن فيه لم يمكن من زنى لان فعل المجنون ليس
بزنا بدليل ثبوت النسب ووجوب العدة ه
والجواب نقول وقد دللنا على كون المراه
فاعلة كالرجل بما اوضحناه من الدلايل واما تسميه
الرجل واطيا والمراه بجانبها بحسن فلانه المقدم
عليه والمبادر اليه في العادة والمراه تحابيها حتى فعلها
التمكين ثم نقول تسميه الرجل واطيا انما كان على
طريق المجاز لان حقيقه الوطي في اللغه هو الدوس
بالقدم لكن لما كان الرجل كانه يدوس والمراه كانها
ارض له لاضافة اليه اطلق عليهما واطي موطوء مجازا
ولهذا لا ينبني ايه على الاطلاق فلو كان موطوءة مفعوله
حقيقه لما اطلق عليها اسم الفاعل اذ لا يسمى المكسور
كاسرا قولهم ان فعل المجنون بزنا ممنوع وبيانه هو
ان جهة كون الوطي زنا في الاصل ما ينطوي عليه من
الفساد بطريق خلط المياه وبطلان التعارف في

الانساب والعار والشنار وهذا كله موجود في الوطي
الصادر من المجنون فكان زنا وانما سقطت المواخذه عن
المجنون لجهله ولا يبطل بذلك حقيقه الفعل وصار
كما لو قتل المجنون شخصا معصوما عامدا ازاهلا فانه لا يقال
ان هذا الفعل ليس بقبيح بل هو قبيح في نفسه وان سقطت
المواخذه عنه فان قالوا هذا الفعل لا حد عليه فلا يكون
زنا قلنا الافعال المحرمه شرعا لم تقبح الا لامر يعود الى
فاعلها فان القتل قبح لكونه تفويت روح شخص محترم
والزنا قبح لافضائه الى فساد الفرش والنسل ولكونه
قضاء شهوة الفرج من غير عقد ولا شبهة فاذا وجدت
هذه الحقيقه ممن وجدت لا تكون ناقصة لخروجه
من ان تكون من اهل العقوبة لا تخل بحقيقه الفعل
كمن قتل ومات فانه لا يمكن عقوبته ولا تلزمه ثم
لا يقال اما وجد منه الفعل الحرام القبيح ثم يلزمه على ما
ذكروه احكام منها الاصل الذي ذكرنا وهو ما ابداه اي

عاقل البالغ بصبي او مجنون فان الحد يجب عليه دونها
ومنها تمكينها من مستامن او حربي فانه يوجب
الحد عليها والحد عليه مسئلة اذا ورد العقد على
محرم من محارمه كالام والبنت وزوجة الاب
وكل محرم عليه ووطيها عالما يلزمه الحد عندنا
وعندهم لا يلزمه وكذا الخلاف فيما اذا استاجر
امراة ليزني بها وفيما اذا نكح مجوسية او وثنية
او اخته من الرضاع او معتدة فان وجود العقد
عندنا كعدمه ومأخذ النظر ان المجوسية عندنا
تنافي محلية النكاح من كل وجه وعندهم لا ينافيها
من وجه وذاك انهم زعموا ان الام محل للنكاح في
الجملة فكانت محلا في حق الابن من وجه قالوا وهذا
لان محلية النكاح ثبتت بامرين احدهما كونها انثى
من بنات ادم والثاني كونها حلالا شرعا فاذا انضم احد الوصفين
الى الاخر ثبت المحلية من كل وجه والمنافي

في حق الام احد الوصفين الى الاخر ثبتت
المحلية من كل وجه والمنافي في حق الام احد
الوصفين وهو الحل فبقي الوصف الاخر وهو
كونها انثى مشتهاة للحرث والنسل الذي هو اصل
في هذا الباب فكانت المحلية موجودة في حق الابن
من وجه دون وجه فاورث ذلك شبهة وصار
بمنزلة النكاح بلا ولي ولا شهود ونحن نقول
هذا فاسد لان كون المحل محلا انما يعرف بالشرع
لا حسا والام في حق الابن ليست محلا فصار
العقد عليها كلا عقد ولئن قالوا المحلية لا تختلف
قلنا ممنوع الا ترى انها محل الحل والملك في حق
الاجنبي وليست محلا لهما في حق الابن وربما
زعموا ان صورة العقد شبهة من حيث انه يشابه العقد
الصحيح والشبهة مأخوذة من المشابهة وقيام
الشيء بصورته ومعناه فكان صورة العقد سببا

من المبيع وان لم يبح كما لو ملك جزءا من مائة جزء
من جارية ووطيها فلا حد عليه لقيام المبيح والجواب
لقول المشابهة انما يعتبر وتورث شبهة اذا وجدت
في محل قابل وقد بينا انها ليست بمحل ثم يلزم ما
ذكرناه انفا الحد في الزنا والسرقة فان الزنا شابه
الوطي الحلال ولا حد في السرقة شابه الاخذ بجهة
العقود ولا قايل به وكان الشيخ ابو محمد يقول هذا
الوطي باسم النكاح اعظم في الهتك وابلغ في الفاحشة
من الزنا لانه من غير عقد وذاك ان الزاني معترف
بانه مرتكب لكبيرة متفاحشة فحسب وهذا اتى
عقد ووطي فقد ارتكب الكبيرة واشتهر بالشرع
فانه يزعم انه عقد بامر الله ورسوله من النكاح
ثم وطي فان قالوا نقيس على ما اذا اشترى اخته
من الرضاع او امة مجوسية او غيرها من الصور
التي ذكرناها فنستبع على حد القولين يقول يجب

الحد وعلى التسليم نقول هناك ملك البضع بملك الرقبة
والحد لو وطيت بشبهة كان المهر له وكذلك يملك تزويجها
وفي مسلتنا لا يملك البضع وافترقا مسالة السرقة
مسالة يجب القطع بسرقة ما اصله على الاباحة
اذا كان مملوكا وقال ابو حنيفة لا يجب القطع بسرقة
ما اصله مباح في دار الاسلام كالصيود والطيور والسمك
والخشب الا الساج والابنوس والصندل والعود
والقنا اذا كان معمولا ولا في الطين وما عمل منه والزجاج
وما عمل منه وما يستخرج من المعادن كالنفط والمومياي
الا فصوص الزمرد والياقوت والجواهر فان فيها
القطع وماخذ النظر استصحاب حكم العموم وفي
قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان
عمومها يقتضي ايجاب القطع في كل ما يسمى اخذه سارقا
ولكن يطلق عليه اسم السارق مقطوع الا ما استثناه
الدليل والحنفية تدعي قيام شبهة مخصصة للعموم

النار ص وهو قوله عليه السلام الناس شركا في ثلثه الماء والنار والكلا
فان ظاهره يقتضي الشركة في جميع الاحوال لكن
ما حازه اختص به قوم فبقي مجرد اسم الشركة شبهه
في اسقاطه الحد فصار كقوله عليه السلام انت ومالك
لابيك اضافه الى الاب فلما لم يحقق حقيقه الملك بهذه
الاضافه انتصب ذلك شبهه حتى انه لا يحد اذا وطي
جاريه ابنه ولا يقطع بسرقة ماله كذلك ها هنا من الاموال
التي اصلها على الاباحه والجواب يقول اما الاشيا
الثلاثه فلا تحقق لحكم الكلام الاول كل واحد منها لان
النار لا تسرق والماء لا يملك عندنا على احد الوجهين حتى الكلا
ممنوع ما بعد الاحراز غير مراد بالحديث بدليل انتفا الشركة
اجماعا وما ليس مرادا بالحديث هو كما لم يرد الحديث فيه
ولا يبقى للفظ شبهه فيما علم قطعا انه لم يرد فيه على ان
المراد بهذا الحمى وفايدته لمنع ملوك العرب من الحمى
فانهم كان عادتهم ان يحموا قطعه من الارض ويجعلونها

حماء وزرايب يختصون بها مواشيهم والشرع نهاهم
عن التخصيص بذلك وقال الناس شركا في ثلثه ولهذا قال
لا حمى الا لله ولرسوله وروي لايمه المسلمين فهذا هو
المقصود بالحديث لا ما توهموه ولما سقوط الحد عن
الاب فلم يكن باعتبار ما ذكروه من الاضافه بدليل انه
لو زنى بابنته اوجب عليه الحد بلا خلاف وانما سقط
باعتبار انه ممن يجب عليه اعفافه ونفقته وسقط عنه
القصاص لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد والد بولده
فان قيل العموم اذا عارضه معنى قوي منه جاز تخصيصه
اجماعا ومعنى معنا يعارض ما ذكرتموه من العموم يقتضي
اسقاط القطع وهو ان هذه الاشيا كان اصلها على الاباحه
وانما الملك والاختصاص طرى عليها فقد اجتمع فيها
ما يسقط القطع وما يوجب القطع فغلبنا الاسقاط
على الايجاب لقوله عليه السلام ادروا الحدود بالشبهات
قلنا يبطل بالساج والابنوس والذهب والفضه

والفيروزج واليواقيت فانها باعتبار الاصل مباحه والاخبار
والملك طرى عليها والقطع يتعلق بها اجماعا ثم نقول العبره
بالحال وهذه الاموال محرزه مصونه في الحال يصونها المالك
ويشح عليها ويضن بها ولا عبره بما كان ولئن قال الشافعي نعم
انه لو كان له ملك حقيقي في عين وباعها وزال ملكه عنها
ثم انه سرقها وجب القطع عليه واذا كان الملك الحقيقي
الذي كان لم يجعل زواله بعد كونه شبهه في الملك اولى
ان لا يجعل شبهه بعد زواله مسئله يجب القطع
بسرقه الفواكه والاشيا الرطبه التي يتسارع اليها الفساد
كالفواكه والطبايخ والفواكه والاشيا الرطبه التي
يتسارع اليها الفساد والمايعات وقال ابو حنيفه
رحمه الله لا يجب القطع بسرقه شي من ذلك ثم لم
يقتصر عليه بل عداه الى ما لا يتسارع اليه كالخل والدهن
والارز والمشار وماخذ النظر من جانبنا ما اسلفناه
في المسله السالفه ومن جانب الخصم ادعا شبهه

لاعتبار نقصان ماليه هذه الاشيا من حيث انها وان
كانت مالا في الحال لكنها ليست مالا في مآل الحال القياس ثم
الرطوبه المفضيه بما هي في حكم السابق لانعقاد سبب
الهلاك فيه وانها الا ترى ان المريض لما انعقد سبب هلاكه
عدها لك والجواب عن هذا ان نقول الاعتبار
بالحال التي وردت السرقه عليها وهي في الحال اموال نفيسه
متقومه توقع فسادها وتلفها في مآل الحال لا يقتضي سقوط
القطع في هذا الحال بدليل انه ما من مال في الدنيا ولا شي
الا مصيره الى النفاد والزوال قال الله تعالى كل شي
هالك الا وجهه ثم نقول كونه مما يفسد امر يختلف
ولا ينضبط فانه يختلف باختلاف البقاع والطباع
والازمنه والاهويه فاخذ البقا يختلف من الاشيا
ثم يستوي الجمع في تعلق القطع بسرقتها فان من الجواهر
والذهب والفضه ابقى من الزجاج والخزف على مر
الدهور ثم هما شيان في القطع ثم هو باطل بالطول

والاذهان والعسل فانها باقيه على مر الدهور ثم قالوا
لا يتعلق القطع بسرقتها وربما تمسكوا بقول النبي صلى الله
عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر جمار النخل ومل طلعها
وعللوا بالرطوبه وعدوها الى غيرها والجواب
من وجهين احدهما انا نعارضه بقوله صلى الله عليه وسلم
لا قطع في شي من الثمار الا ما اواه الجرين وهذا الحديث خاص
مقيد وحديثهم عام مطلق والخاص ابدا يقضي على العام والمقيد
يحكم على المطلق الثاني ان حديثهم ورد على عاده اهل المدينه
فان نخلهم كانت غير محرزه وحايطهم غير محوطه بالابواب
والمراقبين وعندنا اذا لم تكن الثمار محرزه بابوابها الى
الجرين وغيره لا يجب القطع وحمله على هذا متعين جمعا
بين الحديثين فانه اولى من تعطيل احدهما مسله
هبه المسروق من السارق بعد قضا القاضي لا يسقط
القطع عنه وقال ابو حنيفه يسقط وانما فيما
اذا كانت الهبه قبل قضا القاضي وجهان وما خذ

النظر ان الخصومه عندهم شرط الاستيفا القطع فاذا
لم توجد الخصومه والمطالبه لا يستوفى القطع قالوا والدليل
على اشتراط الخصومه هو ان الجنايه وردت على عصمه
مال الادمي وملكه ولا بد من مطالبته لتعلق حقه
به ولهذا لو اباحه العين او اذن له في اخذها لا قطع فدل
ان القطع يعود الى حقه فتوقف على مطالبته بخلاف
الزنا فانه لا يعود الى حقه فتوقف على مطالبته بخلاف
ولهذا لو اباحه او اذن له في ذلك لا يسقط الحد لكونه خالص
حق الله تعالى ونحن نقول لا نسلم اشتراط الخصومه والمطالبه
لاستيفا القطع قال فان من اصحابنا من قال لو اقر السارق
عند الامام بسرقه مال معصوم من حرز مثله لا شبهه
له فيه قطع وان كان المالك غايبا وان سلمنا فنقول
انما وقف الاستيفا على مطالبته حتى يزول الشبهه
وينتفي الاحتمال ويكشف حقيقه الحال فانه ربما
اقر له المالك او ادعي شبهه تقتضي الاسقاط فاما

بعد حكم الحاكم بالقطع وانتفا الشبهه وحضور المالك
فلم يتوهم به الاسقاط والملك قد طرى بعد هذه
الامور كلها ووزانه ما اذا باعه ثم اشتراها او وهبه ثم رجع
فان الحد لا يسقط بطريان هذا الملك كذلك في مسئلتنا واذا
بطل ما تخيلوه ماخذا طردنا مقتضى العموم والقياس الجلى
على ما سبق على المسايل لنا الفقهونا في المسئله حديث
صحيح صريح وهو ما روي ان صفوان هاجر الى المدينه
فدخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوسد رداه
فنام فجا سارق وسرقه وظفر به صفوان فقال يا رسول الله
قد وهبته منه فقال هلا قبل ان تاتيني به فلم يسقط القطع بالهبه
وهذا نص مسئله القطع والغرم يجتمعان حكما لسرقه
واحده وجوبا واستيفا عندنا وقال ابو حنيفه
رحمه الله لا يجتمع من قطع وغرم فان طالب بالغرم والزمه
اياه لم يقطع وان قطعه قبل ان يغرم سقط الغرم ولا فرق
عنده بين تلف المال بنفسه وبين ان يتلفه باتلاف السارق

قبل القطع او بعده ولا خلاف في وجوب رد العين ان كانت
باقيه وماخذ النظر من جانبنا ان تسليط القطع والغرم عندنا
متعلقه من حيث ان تعدد السبب كما يتلقى من تعدد الجهات
لفعل واحد فيترتب عليه باعتبار كل جهه حكم فكان في
معنى فعلين كالمصلي في الدار المغصوبه وقتل الصيد المملوك
في حق المحرم فانه فعل واحد يوجب الجزا حقا لله والضمان
حقا للادمي كذلك السرقه فعل واحد ولحق المالك
يوجب الضمان ولحق الله تعالى يجب القطع ومعنى
حق الله تعالى فيه جنايه السارق على عرض نفسه وتلطخه
بدنس السرقه فان الانسان باعتبار انه يموت
ويحيا نفس وباعتبار انه يلحق ويذم عرض وفي النفس
حق الله تعالى بالاتلاف فوجب القطع جزا على مخالفه
امر الله تعالى زجرا على الاخلال بتعظيم امره ونهيه
والغرم حق الادمي وقد اختلف الضمان محلا وحكمه
واستحقاقا اما محلا ظاهرا فان محل القطع اليد ومحل

ومحل الضمان الذمة واما حكمه فان القطع شرع ردعا وزجرا
عن معاوضة مثل هذه الجريمة في مستقبل الزمان والضمان
وجب جبرا لتفويت الحق على مستحقه واما مستحقها فا
فان مستحق القطع هو الله تعالى ومستحق الغرم هو الادمي
اما الحنفية فلهم ثلثة ماخذ احدها وهو ان العلة الواحدة
لا يجوز ان يوجب حكمين متضادين كالعلة القطعية فانها لا
توجب حكمين قالوا والعلة هاهنا واحدة وهي سرقة هذه
العين فلا توجد حكمين ضدين احدهما ينسقط بالشبهة
وهو القطع والاخر يثبت مع الشبهة وهو الضمان
والجواب عن هذا من وجهين احدهما منع تضاد الحكمين
على ما بيناه في تحرير ماخذنا الثاني وان سلمنا التضاد ولكن
نقول الفعل الواحد لا يجوز ان يكون موجبا لحكمين متضادين
بجهة واحدة ام بجهتين الاول مسلم والثاني ممنوع
ومساله الطلى الصلوه في الدار المغصوبه فانها طاعة
من وجه معصيه من وجه الى نظاير لا تحصى ويدل

عليه ما لو سقطت يده بافة سماوية فان الضمان
يجب اجماعا ولولا كون السبب موجبا للضمان لاستحال
ايجابه بعد سقوط اليد وهذا السر وهو ان علل الشرع امارات
وعلامات والامارة الواحدة يجوز ان يجعل علما على اشيا
كثيرة كالوطي في نهار رمضان بصفة الحظر فانه يوجب
الحد والقضا والكفارة وليس في ذلك تناقض شرعي ولا عقلي
الماخذ الثاني وهو ان التضمين يوجب التمليك واذا ملك
العين بالقيمة فالملك عندنا يستند الى حالة السرقة اعني
حالة قبض العين فلو شرعنا القطع اذا لقطعنا بسبب اخذ
ملكه وهو محال قرروا هذا بان الضمان وجب بدلا عن
العين المسروقة ومن ضرورة ملك المالك الضمان
زوال ملكه عن المملوك لاستحالة اجتماع البدل
والمبدول في حق شخص واحد فحيث هذا يقع الملك في
المضمون سابقا على ملك الضمان وانما مقتضى له وان
تقدم عليه كما في قوله اعتق عبدك عني على الف فقال

اعتقت فانه يتضمن ملكا سابقا على العتق يبنى عليه صحه
العتق ثم يقع مقتضى له سابقا عليه كذلك هاهنا والجواب
نقول هذا امر بنيتموه على اصول تعردون بها وهي فاسده عندنا
منها قولكم التضمين يوجب التمليك وقد دللنا على فساده
في كتاب الغصب ومنها ان طريان الملك يقتضي اسقاط
القطع وقد بينا وجه فساده في تلك المسله ولئن سلمنا
نحن لا نقول ان الملك الطاري يسقط القطع اذ هو
عندنا ليس بطاري انما نقول يستند الملك الى حاله
السرقه ليمكن تمليك الضمان للمالك قلنا القول بالاستناد
ايضا محال لانه اصل فاسد اذ الملك يثبت بعد الضمان
والعين قد تلفت فكيف يثبت الملك فيها مستندا ثم هو
باطل بملك ام الولد فانه اذا غصبها غرم قيمتها ولا يملك
اجماعا الماخذ الثالث قاله القاضي ابو زيد قال لا خلاف
ان القطع وجب حقا لله تعالى ومن ضروره ايجاب
القطع انتفا وجوب الضمان لكون القطع يمحض حقا

لله تعالى ولن يتصور ايجابه محضا لله تعالى الا بالجنايه على حق
الله لان تفويت حق مستحق لا يوجب ضمان بحر او جبر
لمستحق اخر ومن ضروره ايجاب القطع حقا لله تعالى
انتقال عصمه المال الى الله تعالى في حاله السرقه بالطف
وما ان انتفا لا مقدرا كما في قوله اعتق عبدك على الف
وبعد ذلك لا يبقى المال معصوما للادمي ولا متقوما على حقه
فلا يجب ضمانه والواو وهذا المعنى قلنا اذا اتلفه بعد القطع
لا ضمان عليه والواو لا يقال على هذا بان عصمه التاثيم لله
تعالى وعصمه التقويم للادمي لا نقول على هذا باطل لانا نقول
التاثيم في باب الاموال ليس ثابتا بطريق الاصاله اذ ليس
في المال معنى يوجب تحريمه وانما هي تابعه لعصمه التقويم
تاكيدا والتابع لا يمكن افراده في الاثبات نعم يجوز نفي
التابع لضروره مع بقا الاصل كما نفيناها في صوره المخمصه
وحاله الصيال فان الاثم منتف والضمان واجب
والجواب نقول دعوى انتقال العصمه الى الله

الله تعالى بحال الوجهين احدهما ان اسباب العصمه باسرها
قايمه من الاسلام والحريه وسایر الشرايط فيستحيل
زوالها مع بقا موجبها من غير جريمه تستحق بها الزوال
قولهم ان القطع في مقابله العصمه لله قلنا مسلم لكن القطع
في مقابله عصمه مطلقه عايده الى الخلق لا في مقابله العصمه
الخاصه التي لزيد وعمرو بل عصمه الادمي العايده الى
حقه على الخصوص باقيه وهي التي تقتضي ايجاب الضمان
خبر الحقه والقطع وجب لعصمه الاموال على العموم
والاطلاق وهذا من جمله ذلك العموم الثاني ان عصمه
المحل لو بطلت لكان متى اتلفه متلف اخر لا يجب
عليه الضمان فان عصمه المحل لو بطلت لكان ينبغي
اذا اتلفه متلف اخر لا يجب عليه الضمان فان
عصمه المحل واحده فاذا انتقلت منه بطلت وزالت
ولا يختلف بالنسب والاضافات مسئله النباش
يقطع بها باخذ الكفن واخراجه من القبر عندنا

وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يقطع وللمسله ثلثه صور
الاولى ان يكون القبر في مفازه لا يطرقها الناس ولا يجب
القطع في هذه الصوره عندنا على الصحيح من المذهب
وفيه وجه انه يجب الثانيه ان يكون القبر في بعض اطراف
البلد في المقابر المعتاده فعندنا ان كان النبش بالنهار
وجب القطع وان كان بالليل فوجهان الثالثه ما
اذا كان القبر في دار وعليه اغلاق واقفال فنحن نقطع بوجوب
القطع في هذه الصوره ولهم فيها منع وتسليم وماخذ الطر
من جانبنا وجود معنى السرقه وان لم يثبت اسم السارق
للنباش فان ذلك لا يثبت الا نقلا واللغات لا تجري
فيها القياس لان غايه ما نقول اصحابنا فيه ان السرقه
هي اخذ المال على وجه الخفيه فيقول الخصم مسلم
ولكن في صوره غير النبش والعرب قد تخص الاسم
الماخوذ من المعنى ببعض المواضع بل نقول يجب عليه
حد السارق لوجود معنى السرقه وهو اخذ المكلف

نصابا من حرز مثله على وجه الخفية والاستتار اذ
لا شبهة له فيه وهذا كقول ابي حنيفة رحمه الله تجب
كفارة الجماع على اللواط وان ورد النص في الوقاع لوجود
معنى الجماع فيه وهو افساد الصوم بمقصود الجنس
وان لم يسم باسم الجماع وفي ذلك استدلالا لا اجرايا
مع منعه من القياس في الكفارات فان قالوا وهو
ماخذهم لا نسلم انتفا الشبهة بل قد تمكنت الشبهة
من وجوه احدها ان الكفن لا مالك له فانه لا يخلو ا
اما ان يكون للميت او للوارث لا جايز ان يكون مملوكا للميت
لان الموت ينافي الملك اذ الملك قدرة وسلطنة والموت
عجز لا عجز فوقه وبينهما تناف وانما هي ملكه عليه لحاجته
اليه ولا جايز ان يقال هو مملوك للورثة لانه مستثنى
عن التركة بالاجماع لتعلق حاجة الميت به ولانه
انما تورث ما يفضل عن حاجة الميت واذا لم يكن
له ملك كان ذلك شبهة في اسقاط القطع الثاني

ان الكفن في القبر ماله الى البلى والتوى فقد
انعقد سبب هلاكه بوضعه في التراب وسبب
الهلاك حقيقة الهلاك كما في حق المرتد فانه جعل
كالهالك الثالث قالوا دخول الدار للزيارة
شبهة فقلنا لا انقطع لان له حقا في الدار والجواب
نقول المعنى بقولنا لا شبهة فيه ان ليس له فيه ملك
ولا حق ملك وقولكم ان الكفن لا مالك له غير صحيح
بل هو مملوك الا ان اصحابنا اختلفوا فيه فمنهم من قال انه
ملك للميت ومنهم من قال هو ملك للوارث وهو
الصحيح من مذهبنا بدليل انه لو افترسه سبع قسم
بين ورثته ويدل على كونه مملوكا وجوب الضمان
على متلفه بالاجماع ولم يكن مملوكا وجب ضمانه
بدليل شهادة الطرد والعكس فان قلنا ملك للورثة
فوجهه ان متعلق حاجته والوارث انما ينتقل
اليه ما يفضل عن حاجة المورث بدليل البداية

قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه من التركة وان سلمنا انه
لا مالك له لكن لم قلتم ان يمنع وجوب القطع فيما
ليس بمملوك الا ترى ان ثياب الكعبة غير مملوكة
ويجب القطع بسرقتها وكذلك مال الميت
الذي عليه دين فان المال ليس له ولا للوارث ويجب
القطع بسرقته وكذلك في من الخيار لا مالك
لان لا ملك له عندكم اعني فيما اذا كان الخيار للبائع
وحده فانه يزول ملك البائع عندكم ولا يدخل
في ملك المشتري ويجب القطع بسرقته اجماعا
وقولهم ان معرض الى البلى قلنا نسلم لكن لا نسلم ان
سبب الهلاك كالهلاك ثم هو باطل بما اذا دفن
الثوب في مكان وغاب عنه مالكه فانه معرض
للبلى ومع ذلك يجب القطع بسرقته وكذلك
الشمع المشتعل وقولهم ان دخول الدار للزيارة
شبهة قلنا باطل اذ لو جاز ان يجعل ذلك شبهة

في سرقة الكفن لجاز ان يجعل شبهة في سرقة سائر الاموال
من الدار لان له ان يدخلها للزيارة مسئلة السارق
يؤتى على اطرافه الاربعة عندنا فيقطع اولا يده اليمنى
فان عاد فرجله اليسرى فان عاد فيده اليسرى
فان عاد فرجله اليمنى وقال ابو حنيفة لا تقطع الا
في مرتين يده اليمنى ورجله اليسرى فان سرق ثالثا
لم يقطع بل يحبس حتى يتوب واعلم ان قياس الخصم في جانبنا
في هذه المسئلة من طريق القياس ضعيف فانا لا نشتغل
بنصب العقوبات وترتيبها على الجنايات تحكما وانا
ليس لنا ان نبتدي بل لنا ان نحتذي اذا لم ينص الشرع
ولا وقع الاتفاق على اصل هو نظير ما اختلفا عليه امتنع
القياس وهذا لان الذي وقع الاتفاق عليه هو تفويت
منفعة البطش ومنفعة المشي اما الاستيصال
نظير اما اختلفا نظير القتل وانما نبني السابق في مذهبه
فيما على التوقيف وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

في المسانيد الصحاح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
في السارق تقطع يده اليمنى فان عاد فرجله اليسرى
فان عاد فيده اليسرى فان عاد فرجله اليمنى فان عاد فاقتلوه
مسلم القتل في الخامسة بالاجماع فبقي نحجه فيما عداه
وان تشوفنا الى التعليل فطريقه ان نقول تخصيص
الشرع على شي منصوص على ما هو في معناه لا تعيد والامه
واعاب القطع في احدى اليدين ايجاب في الاخرى
لتساويهما ثم اليسار محل للقطع بدليل ما لو قال الجلاد
للسارق اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها غلطا
فانها تجزي عن اليمين حتى لا يجب ضمان اليد على الجلاد
وللخصم ماخذان احدهما التعليق بقوله تعالى فاقطعوا
ايديهما جزا فالواجب قطع اليد والرجل لحنث احدهما فاين
زاد على ذلك فقد زاد على ذلك النص والاجماع الثاني
قول ابي زيد الشرع شرع القطع زاجرا لا متلفا وقطع
اليدين اتلاف حكمي لان من فاتته منفعة جنس البطش

في

البطش في حقه صار تالفا بالاضافة الى ذلك الجنس
فاشبه الاهلاك من وجه ولهذا وجبت عليه في قطع
اليدين كمال الديه كما يجب في النفس يدل على ذلك
انهما لا تقطع في الثانيه ولو كان لليسرى مدخل
في القطع لكان العدول اليها اولى لانها اقرب الى اختها
من الرجل والجواب عن الاول ان الايه حجه
عليكم لان المذكور في الايه بصيغه الجمع فيدل على ان
جميع الايدي محل للقطع وعن الثاني من وجهين احدهما
لا نسلم ان قطع اليدين اهلاك فان النفس باقيه من كل
وجه بدليل وجوب القصاص والديه ثم هو باطل بقطع
احدى يديه واحدى رجليه فانه قد صار فيه شبهه
الاهلاك من وجه على معنى وجوب كمال الديه ثم هو
مشروع الثاني انه لو جاز فيه شبهه الهلاك لكان
بمعنى دافعه فاللان لا يجب عليه القصاص لانه
هالك او تالف من وجه فان قالوا القصاص يجب

يجب في الزوج وهي كاملة قلنا فبطل لانه هالك من
وجه بانه لم تتلف بحال مسالة البهيمة المهوكة اذا
صالت على انسان فقتلها دفعا عن نفسه لا يلزمه
الضمان عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله يلزمه
الضمان وان كان الدفع جايزا كالمضطر في المخمصة
وللمسلة ماخذان احدهما ان هذه البهيمة عندنا
هي قتيلة نفسها من حيث انها هي التي الجات المصول
عليه الى قتل نفسها من حيث انها هي الة وهيجت
دواعيه وبواعثه وقد انعقد الاجماع على ان
الفعل من جميع صور الاكراه يضاف الى الملجي
كما لو اكره رجلا على اتلاف مال غيره فان الضمان يجب على
المكره وصار الفعل منسوبا اليه لانه هو السبب
المحرك واذا صار الفعل مضافا اليها صارت كانها
هي التي قتلت نفسها ثم لو رمت نفسها من شاهق
لا ضمان على احد بقتلها فكذا في صورة الصيال

فان قالوا وهو ما ضمن المكره فعله معتبر فاضيف اليه
اما فعل البهيمة فغير معتبر بل اصلا بل وجوده كالعدم
ويدل على ذلك انعقاد الاجماع على انها لو حفرت
النعل وقتلت انسانا انه لا ضمان ولا يتعلق على فعلها
حكم بحال واذا كان حقيقة فعلها هدرا فبهدرها الفعل
اولى لان هدرا وهو دون حقيقة الفعل قالوا واذا
لم يكن فعلها ... على اتلاف مال المعصوم سببا للضمان
وصار اللابس كالمبتدي لقتلها والجواب قلنا
الفعل اذا امكن اعتباره لا يعتبر ونحن نسلم ان فعلها
لا يمكن اعتباره لا يعتبر ونحن نسلم ان فعلها لا يمكن اعتبا
في ايجاب الضمان فلاجرم لم يتعلق على فعلها ايجاب
حكم وانما تعلق عليه الاسقاط والاهدار وهذا ممكن
غير مستحيل تعليقه على الفعل فاضفنا فعلها اليها
لاهدار ضمانها كما في الحرم اذا قتل الصيد الصائد

وقولهم انه هم بالفعل دون حقيقة الفعل قلنا يبطل
بالاب مع ولده فانه لو خنق ولده ولم يمت فقتله لا يصير
دمه مهدرا ولو انه هم بالفعل وصال على ابنه فدفعه الابن
عن نفسه فاتى عليه هدر دمه فقد صار الهم ابلغ من التحقيق
المأخذ الثاني وهو المعتمد ان قتل هذه البهيمة الصائلة
العادية يعتقد نا من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
من حيث انها قتلت لدفع شرها وسببه ما من جهتها
فهي بمنزلة الحية والعقرب وقاتلها محسن بقتلها فلا يلزمه
ضمان لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ويشهد
لذلك زوال عصمتها واباحة الاتلاف عنها وسقوط ضمان
العبد الصائل مع كونه مملوكا كالبهيمة فان قالوا وهو
ما خذهم الثاني ان السبب الداعي الى سقوط الضمان
المصول عليه على نفسه واستبقاء مهجته وذلك
لا يسقط الضمان بدليل المضطر في المخمصة

فان اباحة الاتلاف لما كان الامر ثابتا من قبل نفسه
وطبعه وجوعه وطلبه لم يسقط ضمان مال
الغير كذلك ها هنا قلنا خوفه على نفسه لا يبيح القتل
بدليل انه لو خاف على المجنون من نفسه فانه لا يجوز
له قتله ولو قتله وجب عليه القصاص واما المضطر
في المخمصة فانما وجب عليه الضمان ولا قصاص
لان سبب الاتلاف نشأ من نفسه كما ذكرتم اما
في مسئلتنا فقد بينا انها قتيلة نفسها وان قتلها
كان بسبب نشأ من جهتها فكذلك سقط ضمانها فان قالوا
عصمة المال انما هي لعصمة المالك وعصمة المالك قائمة
لم تبطل لانه لا اذن في اتلاف ماله فلا وجه لاسقاط
ضمانه قلنا يبطل بالعبد المرتد والعصير اذا تخمر فانه
يبطل عصمته مع عصمة المالك مسئلة لا اختلاف
بين المسلمين في تحريم الخمر وهي عصير العنب التي
اذا اشتد واشتكر فعلها وكثيرها وهل تحريمها

لعينها ام لعله فعندنا لعله وهي السكر المطربه وقال
ابو حنيفه رحمه الله تحريمها لعينها لا لعله وفايده
هذا الخلاف انه اذا ثبت تحريمها لعله شاركها
في ذلك كلما شاركها في ذلك ها شاركها في العله
وعندهم يختص التحريم بها لعينها ودليل التعليل
قوله انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوه
والبغضا في الخمر والميسر فبين ما فيها من الفساد
وعقب ذلك بالتحريم فعلى هذا الانبذه كلها حرام
عند قليلها وكثيرها وقال ابو حنيفه الخمر العصير
التي حرام قطعا اما المثلث وهو الطلا ومعناه الخمر
اذا اغلى حتى ذهب ثلثاها فانه حلال فاما نقيع
التمر والزبيب فهما حرامان ماداما نيين فاذا طبخا
حلا بكل حال وكذلك البتع وهو نبيذ العسل
والفضيخ وهو نبيذ البسر من غير ان تمسه النار
والجعه بكسر الجيم وهو نبيذ الشعير والمزر وهو

وهو نبيذ الذره والسكر بضم الكاف وتسكين الرا
وهي خمر الحبشه ويتخذ ايضا من الذره فان كل ذلك حلال
قبل الطبخ وبعده وقال ايضا لا باس بالخليطين وهما
التمر والزبيب او العنب والرطب اذا اتخذ منها نبيذ
ثم قال ابو حنيفه رحمه الله لا اقول ان هذه الاشربه حلال
على الاطلاق بل يحل على ظنه انه لا يسكر من غير لهو
ولا طرب فالقدح الاخير الذي يعقبه السكر حرام
كالعاشر مثلا وللمساله ماخذان احدهما اللغوي
والاخر معنوي اما الماخذ اللغوي فاثبات اسم
الخمر لهذه الانبذه والثاني اثبات التحريم بطريق
الالحاق من غير تعرض للاسم والخصم منازع في الامرين
اما الدلاله على تسميتها خمرا من حيث النص والاشتقا ق
اما النص فما روى النعمان ابن بشير عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال ان من الحنطه خمرا وان من الشعير
خمرا وان من العسل خمرا وان من الزبيب خمرا وان من

من التعبير خمرا واذا ثبت تسميته ذلك خمرا دخل
في عموم الآية واما الاشتقاق فان الخمر سميت خمرا
اشتقاقا من التخامر او التخمير وهو التغطية على الشي
ومنه خمرت الاناء اذا غطيته ومنه قوله صلى الله
عليه وسلم خمروا انيتكم ولو بعود وقال الفرا اصل الخمر
كل ستر يدل عليه قوله خامر الدا اذا خالطه حرفه
قال كثير عزة فما مرضا عن داء مخامر لعرض من اعراضنا
ما استحلت واي الامرين قد رفا النبيذ في معناه وهي
موجود فيه واذا ظهر موضع الاشتقاق استنبطنا
المعنى وقسنا فان قالوا فلان ينبغي ان يسمى البنج خمرا
لانه مخامر ويغطي قلنا البنج اسم اعجمي عرب وهو نبت
فهو نبج ولم يكن عند العرب منه شي ليتعدى
اليه الاسم فهو كاسم المسك واما اثبات الحكم
وهو التحريم في نفسه من غير تعرض للاسم فبطريق
المعنى الواضح الجلي وذلك ان نقول معلوم ان الخمر

لم تكن معينة بعينها اذ هي مر مقن وانما صارت
معينة لمعناها ومقصودها وهو الطرب والنشاط
واذا شرب دبت في سوونه فاظهرت مكنون سر
وينشا من ذلك الحشر والشغبه والصد عن ذكر
الله وعن الصلوة فهي ام الخبائث ومفتاح كل شر
واصل كل فساد وقد نبه الله على ذلك المعنى حيث
قال انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضا
في الخمر والميسر بعد هذا قال الشافعي رحمه الله
لا يخلو اما ان يكون المراد ارادة الشيطان لما يحصل
من هذه الامور بعد السكر او قبله ان كان بعد
السكر فتلك حالة فيها لا ليث عندكم اذ قلتم
حد السكران لا يفرق بين السما والارض فلا
تصور في هذه الحالة وانما المراد انه يريد ان يوقع بينكم
العداوة والبغضا قبل ذلك وهو حالة الانتشار
والثمل وهذا المعنى بعينه في احاد الصور فان قيل

وجد في الفرع فان المعنى الذي هو ما يوجد بعينه في احاد
الصور فبان بهذا ان المعنى الموجب لتحريم
الخمر وهو معقول في نفسه وقد نبه الشرع عليه
وهو بعينه وكماله موجود في النبيذ فان قالوا
فهذا المعنى الذي ذكرتموه لا يوجد في القليل الذي
لا يسكر وقد حرمتم الجميع قلنا لان القليل داعي
الى الكثير فشرب قطرة تدعوا الى شرب جرعة
والجرعة تدعوا الى شرب قدح والقدح الى امثاله
وهلم جرا الى الاسكار الذي هو محظور الشرع
فان قالوا فهلا سويتم بين سرقة المال القليل والكثير
في القطع كما سويتم هاهنا قلنا لان النفس لا تدعوا
اليه فان العاقل لا يرتكب الاهوال والاخطار ويذهب
في جنس الليل لاخذ القليل من المال فلم يحتج الى
الردع عنه بالقطع بخلاف القليل من النبيذ وشاربه
اما الخصم فلا يتعلق في المسئلة سوى التمسك باستصحاب

قال

الحال وقوله ان الخمر والنبيذ كانا مباحين قبل نزول
اية التحريم فهما من الشرائع والنبيذ كانا مباحين
قبل نزول اية التحريم الا ان الشرع حرم الخمر لعينها
فبقي النبيذ مباحا على ما كان عليه وهذا فاسد فانا
قد دللنا على تسميته خمرا وعلى كونهما معللة واوضحنا
المعنى فيها وربما تمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن
ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا
حسنا قالوا وهذا مذكور في معرض الامتنان علينا وهو
مطلق في النيء والمطبوخ فيجب ان يبقى حجة في المطبوخ
وهذا مما لا يجوز التمسك به فان هذه الاية نزلت
قبل تحريم الخمر وقد سئل ابن عباس عنها فقال السكر
ما حرم من ثمرها والرزق الحسن ما احل من ثمرها
رواه الحاكم في صحيحه عن سفيان والله
اعلم مسائل السير مسئلة الكفار

اذا استولوا على اموال المسلمين واحرزوها بدار الحرب
لا يملكونها عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله ولا
خلاف ان رقاب المسلمين من الاحرار وللمكاتبين
والمدبرين والمدبرات وامهات الاولاد لا يملكونها
والمسئلة ماخذان احدهما ان الكفار مخاطبون
عندنا بفروع الاسلام وعندهم غير مخاطبين
الثاني ان عصمة الاموال الاعسر عندنا مستفاده
من الاسلام ولم نزل وعندهم مستفاد من الاحراز
بالدار قد زالت وعلى هذا بنى ابو حنيفه التسويه
بين الذمي والمسلم في القصاص والديه لا ستوايهم في
الاعتصام بالدار وعليه بنى النزاع فيما اذا اسلم
الكافر ولم يهاجر الى دارنا فانه يضمن عندنا بالقصاص
والديه وعندهم لا يضمن له الماخذ الاول فقد
استقصيناه من قبل في مسئلة خمور اهل الذمه وغيرها

من المسايل فلا نعيده واما الماخذ الثاني وهو قولهم
العصمة بالدار فباطل من وجهين احدهما ان العصمه
في حق المرتد مع كونه متحيزا بالدار الثاني ان الدار عباره
عن تراب وبقاع وهي متناهيه لا اشعار لها بمنع ولا اطلاق
وانما يناسب المنع والاطلاق تعظيما لمنصب المستولي
والمستولى عليه ولا مستكن وطرو من الاوطان فان قالوا
وهو تقرير ما حاكم عصمه الاموال لم يثبت لذاتها
واعيانها وانما ثبت باعتبار بنايا الاسلام ومعنى
الدار هو الشوكه القاهره والمنعه الظاهره والتناصر
والتوفر على حمايه الاموال فاذا اخذ الكفار الاموال
واحرزوها بدارهم فقد بطلت المنعه وزالت
الحمايه وانقطعت يد الاسلام عنها وصارت في
حمايه الكفار فقد طرت عصمه اخرى وبطلت
العصمه الاولى وقرروا هذا بان الملك في الاصل
انما يثبت بالاستيلاء على المملوك والاستيلا

سقط بتباين الدارين حقيقة وحكما اما الحقيقة فبالخروج
عن يد المالك واما الحكم فبانقطاع حكم يده من الولايات
والتصرفات فينزل منزلة الموت ثم الموت قاطع
للاملاك فكذا تباين الدارين قالوا وهذا بخلاف الرقاب
فانها معصومة لعينها وذاتها على معنى ان الله سبحانه
وتعالى خلق الادمي ليكون خليفة في ارضه فانما
تكون عاصمة محلا لامانته ليكون مالكا مستخلفا
لا مملوكا مستذلا وهكذا كان يقتضي هذا المعنى
ان يكون الكفار لا تملك رقابهم غير ان الله تعالى
لما ظهر منهم هذه الجناية العظيمة وانفوا من عبادته
جعلهم عبيد العادة فضرب الرق عليهم والجواب
نقول اما دعوى كون الدار عاصمة فقد ابطلناه من
وجهين والذي نزيده هاهنا ان جميع ما ذكروه
يبطل بالرقاب فانها لا تملك وهم ان الرقاب

معصومة لعينها قلنا وعصمة الاموال تابعة لها
فان اموال الشخص من مرافق حيوته ومقيمات معاشه
فهي في الحاجة اليها تنزل منزلة اطرافه واطرافه
معصومة تبعا له غاية ما في الباب ان الاطراف
اشد اتصالا من الاموال واذا كانت الاموال
تابعة فان التابع والمتبوع يثبتان بعلة واحدة فما
به عصمت الاموال فلا يفترقان وربما تمسكوا
بقوله تعالى للفقرا المهاجرين الذين اخرجوا من
ديارهم واموالهم سماهم فقرا انه لولا الكفار ملكوا لهم
واخراجهم من ديارهم قلنا انما سماهم فقرا للحاجة
الكافة من اطالة الراهنة فان الفقر عبارة عن الحاجة
ولهذا يقال لمن اخذ السلطان ماله قد افقره السلطان ن
وان كانت الاملاك مقررة عليه شرعا مسئلة
قسمة الغنائم في دار الحرب جايزة عندنا خلافا لابي
حنيفة رحمه الله فانه قال لا يجوز الا بعد الاحراز

ويدل على صحه ما ذهبنا اليه امور ثلثه احدها انعقاد
الاجماع على ان الامام لو اذن في القسمه والحاله هذه
صحت القسمه ونفذت ولولا ثبوت الملك لما نفذت
كما لو اذن في حال فور الهزيمه الثاني ان عبدا من عبيدهم
لو ابق منهم والتحق بجند الاسلام عتق قبل الحوق
بدار الاسلام وحصول العتق دليل على زوال
ملك الكافر وثبوته للمسلم فاللحوق المزيل لملكهم
هو المثبت لملكنا اذ لا واسطه بين الزوال والثبوت
الثالث ان الاستيلا سبب الملك والمباح المنفك
عن اختصاص ذي حرمه محله والمسلم اهل للملك
والعبره في الاحكام بهذه الاوصاف الثلثه والخصم
يزعم ان السبب هو الاستيلا التام وهو الاستيلا
مع الاحراز بدار الاسلام من حيث ان للدار دارهم
والا دار ديارهم ونحن وان كنا قادرين بدار الكفار
لكنا مقهورون دارا فان احكام الكفر ظاهره ما دام

جند الاسلام في ديارهم بخلاف ما بعد الاحراز قالوا
ويدل على انتفا الملك قبل الاحراز احكام خمسه
وهي انتفا الملك في اراضيهم ورباعهم وبسط ايدي الغزاه
في المطاعم والعلوفات ولو كانت الغنايم مملوكه لامتنع
التصرف دون اذن الشركا من اعرض منهم سقط حقه
والملك الثابت لا ينفذ بالاعراض ولا ينفذ عتق
الغانم واستيلاده ولو باع واحد منهم نصيبه لا يصح كالا في
الاعيان المشتركه والجواب قولهم ان السبب
هو الاستيلا التام ولم يوجد قلنا لا نسلم فان المسئله
مفروضه فيما اذا قتل البعض واسر البعض وانفل الباقون
هاربين من جميع الارض وحصرها في امت الاخبار بانهزام
جميعهم وتفرق شملهم ولا يخفى ان الحاله هذه كمال القهر
والاستيلا فان الغزا يجمعهم ثانيا ولا يفكر على القهر
الاول الا بالاطال بل يكون ذلك جهادا مستانفا بشرطه
حكم اسمه حتى لو بلغنا خبر اجتماعهم حال فور الهزيمه

فانا نقول لا يملك وانما لم نملك اراضيهم ورباعهم
لقصور الاستيلا بالنسبة اليها اذ لو فرضت على
الكفار ولم ينهض للجند بقتالهم امكنهم استصحاب
النفوذ والمنقول بخلاف العقار ولا يلزم قصور الاستيلا
بالنسبة اليها قصوره بالنسبة الى المنقول واما حال
دور الهزيمة فنمنع ان لا يملك وعلى التسليم فانما لم يملك
لقصور الاستيلا ايضا واما بسط اليد في الاطعمة
والعلوفات فانما كان لضرورة استيفا الارواح
فانا اذا دخلنا ديار الكفار فلا يلقونا بالاسواق
القايمة والاطعمة الحاضرة وانما يتلقونا بالسيف
البارق فلو اخرنا تناول الطعام والعلف الى القسمة
لماتوا جوعا وهلك الخيل والكراع وربما طال مقامهم
ثم تعارض التبسط في الطعام والعلف بالحجر على سائر الاموال
فتسقط دلالته واما سقوط الملك بالاعراض
وعدم نفوذ العتق والاستيلاد فنمنع واما بيع

نصيبه فانما لم يصح لانه لم يعلم نصيبه فهو بيع المجهول
حتى لو كان الشركا محصورين صح البيع ويتايد جميع
ما ذكرناه بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ قد
صح عنه انه قسم غنايم بدر بسير بواد منه يقال له
شعب الصفرا وقسم غنايم خيبر بخيبر واوطاس وهذه
كلها نصوص مسألة اذا سبي الزوجان
معا انفسخ النكاح بينهما عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا ينفسخ ولا خلاف في انفساخ النكاح فيما
اذا سبي احدهما غير ان المسبي ان كان امراة انفسخ نكاحها
بنفس الاسر فان كان رجلا فلا ينفسخ نكاح زوجته
حتى يسترق واعلم ان الخلاف في هذه المسألة لا يتصور
الا فيما اذا كان الزوجان المسبيان صبية تحت صبي
لانهما اذا كانا كبيرين فالزوجة تصير مسبية رقيقة
بنفس الاسر اما الرجل فلا يصير رقيقا بنفس الاسر
بل هو في محل اجتهاد الامام بين ان يرى المصلحة

في قتله فيامر به ومن ان يرى المصلحة في استبقائه
فيامر به وعند هذا يتقدم استرقاق المراة على استرقاق
الرجل فينقطع النكاح بالاجماع لاجتماع الماخذين
عندنا العلة الاسترقاق وعندهم تباين الدار فان
المراة حينئذ تكون من اهل الاسلام والرجل بعدما
ما صار من اهل دار الاسلام وضابط المذهب
عندنا انه متى حدث رق في الزوجين او احدهما
فان النكاح ينفسخ بينهما فالعلة المؤثرة في الانفساخ
عندنا حدوث الرق فيهما او في احدهما وقال
ابو حنيفة حدوث الرق لا تؤثر في انفساخ النكاح
اصلا بل الموجب لانفساخ النكاح اختلاف الدار
بالزوجين فعلا وحكما مثل ان يتزوج ذمي ذمية ثم
ينقض العهد ويلتحق بدار الحرب او يسلم احد الحربيين
ويدخل دار الاسلام وعقد لنفسه اما
فان النكاح ينفسخ في هذه المواضع لاختلاف الدار فعلا

وحكما اصل صحيح اما اذا اختلف الدار فعلا لا حكما
بان دخل الحربي دار الاسلام في تجارة ولم يعقد لنفسه
الذمة او حكما لا فعلا بان اسلم احد الحربيين واقام في
دار الحرب فان النكاح لا ينفسخ بينهما في هذه المواضع
هذا تفصيل المذهبين عندنا الى تقرير الماخذ ان ما
ماخذ الشافعي فطريق تقريره ان نرجح التعليل بالسبي
والاسترقاق على التعليل باختلاف الدار فنقول
معلوم ان في الاسترقاق قلب الجنس وسلب النفس
واعدام الشخص في حق نفسه وايجاده لسيده فيصير
الشخص كالميت في الحقيقة لانه لا سعي له في نفسه
تصرف ولا اختيار وكان تصيير غيره المتحكم عليه
بحل حاله دا احدث هذا الامر المزيل للشخص حكما
كان انقطاع الحكم عليه اظهر واولى من اثر الدار
التي في اطلال لا يؤثر في سلب الاستقلال ولا
يزيل وصف الكمال فان قالوا وهو ماخذهم

وهو التعليل باختلاف الدار اولى فان قالوا اهل
الحرب لكونهم متحيزين بدار ومنعة احكامنا منقطعة
عنهم ونحن عاجزون قاصرون عن تقليدهم الاحكام
والزامهم الحلال والحرام فهم غير ملتزمين ونحن لا
نقدر على الزامهم فالتحقوا بالموتى حيث لا يمكن اجرا
الاحكام عليهم قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى
ولا تسمع الصم وقال اومن كان ميتا فاحييناه
جعل الكفر موتا والاسلام حيوة فاذا الحقوا بحكم
الموتى قلنا اختلاف الدار هو المؤثر في قطع النكاح
لا السبي والاسترقاق والجواب نقول قد
بينا ان التنافي للاسترقاق لما فيه من قلب الجنس
وسلب التصرف حقه واعاده العدم فان الدار
لا اثر لها في سلب الحال قولهم ان اهل الحرب
لا يمكن اجرا الاحكام عليهم قلنا غير صحيح لان الله
سبحانه وتعالى قد تعبدنا باجرا الاحكام عليهم

والزامهم اياها فان لم يلتزموا الزمناهم وحكمنا عليهم بحكمنا
وقولهم انا عاجزون عنهم غير صحيح فانا متمكنون من جر
العساكر اليهم وشن الغارات عليهم وقد تعبدنا بذلك
فان لم يمكنا ذلك فتح الله القاهر وابانه الطاهر
يستميل قلوبهم ويستطعمهم حتى يدخلون في دينا
ويلتزموا احكامنا قال الشافعي احكام الله
عامه ثابته على الخلق لا يختلف بالبقاع والاصقاع فهي
ثابته على اهل الحرب فعل ولم يفعل ونيابه جميع ما ذكرناه
ملك اليمين فانه ينقطع اجماعا لما ذكرناه وكذا حق
الاجاره فانه ينقطع نظرا الى حق السابي حتى يخلص
له الملك على السواء مع ان حق الاجاره موقت
والنكاح مؤبد فاذا لم يحتمل حق الاجاره مع
ما فيه نظرا الى حق السابي فحق النكاح الذي هو على
الدوام اولى بالانقطاع فان قالوا عقد النكاح
على منفعه البضع والاسترقاق لا ينافي منفعه

لبضع اذ البضع لا يدخل تحت اليد العادية فانه لو غصب
حرة وحبسها لم يضمن قيمة بضعها فبقي النكاح كما كان
قبل الاسترقاق قلنا يبطل بما اذا اختلف الدار فانكم
قلتم بارتفاع عقد النكاح مع امكان بقائه ولئن قالوا
لانه تجدد امر لم يكن وتغيرت الحال قلنا وبالاسترقاق
تغيرت الحال وحدث الرق والملك المزيل حكم النفس
فهو بالابطال اولى مسئلة الجزية لا توخذ من
عبدة الاوثان بحال وهكذا كل من لا كتاب له ولا شبهة
كتاب وقال ابو حنيفة رحمه الله توخذ الجزية
من جميع الكفار الا من المرتدين عبدة الاوثان من العرب
وقال مالك لا توخذ من كفار قريش خاصة وقال
ابو يوسف لا توخذ من عربي جزية وانما توخذ من العجم اما
الوثني اذا دخل في دين اهل الكتاب بعد النسخ لا توخذ
منه الجزية ومن اشكل امرهم فلا ندري هل دخلوا
بعد التبديل او قبله كنصارى العرب وهي تنوخ وبهرا

وتغلب كانوا عبدة الاوثان فدخلوا في دين النصارى
فيقرون على دينهم ببذل الجزية وتحقن دماهم واموالهم
الا انه لا يحل مناكحتهم وذبائحهم فهولاء قوم دعاهم عمر
الى عقد الذمة وبذل الجزية فابوا وقالوا نحن عرب لا ندخل
تحت الصغار وبذل الجزية ولكن خذوا منا الزكوة
فابى عمر رده وقال الزكوة على المسلمين فلحق
بعضهم الروم فقيل لعمر ان لهم شدة وباسا ولا يقوى
عدوك بهم فصالحهم على ان تضعف عليهم الزكوة واخذها
منهم باسم الزكوة وهي جزية فثبت لهم هذا الحكم واشتهر
وجملة الامر ان طبقات الكفار على مراتب فاغلظهم
كفرا وابعدهم عن التخفيف المرتدون لانهم انكروا
بعد الاعتراف فلا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
ودونهم في الرتبة عبدة الاوثان فانهم ما حسنوا
على الاسلام لكنهم عبدوا ما استحسنوا فحطتهم
رتبة عن المرتدين واول درجة يلقانا بعد القتل

هو الاسترقاق فقررناهم بالاسترقاق دون عبدة الاوثان
المحوني على احف كفرا اذا لهم كتاب فعلينا الحق لان الغالب
في الدنيا الخس وفي الارباح والمناكح علينا جانب الحظر
لحصول الشبهة واحف من فاطلق في الرتبة اهل الكتاب
وهم اليهود والنصارى لاستنادهم الى كتاب منزل ونبي
مرسل فلشبههم حرمة خفف الشرع عنهم بضرب
الجزية واباح ذبائحهم ومناكحهم اذهم اقرب للحق لينا
لاقرارهم بالنبوة المتقدمة وان كانت منسوخة هذا
كله ايضاح المذهب من الجانبين عندنا الى مقصود المسالة
وهي امتناع اخذ الجزية من عبدة الاوثان عندنا مطلقا
وقول ابي حنيفة رحمه الله يوخذ من العجم دون العرب
وماخذ النظر هو ان الاصل عند الشافعي وجوب قتل
الكفار كلهم وان لا نقبل منهم الجزية من حيث ان الرضا
بتقرير الكفار في دار الاسلام بدينار وكونه كل سنة
نوع مداهنة لا تقتضيه قياس القواعد ومنهاج الاصول

وذلك ان الله تعالى امرنا بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ونحن
نعلم انهم يصلون في بيعهم وكنائسهم ويسبون الله ورسوله
ولا ننكر عليهم وهذا امر لا يقتضيه وضع الشرع
غير ان الله تعالى استثنى من هذا الاصل اهل الكتاب
وقصر النص عليهم حيث قال من الذين اوتوا الكتاب
فاقرهم ببذل الجزية لحرمة كتابهم فقلنا يخرج من هذا الاصل
من استثناه الشرع فبقي من عداهم على مقتضى الاصل
فان قالوا هذا احتجاج بالسكوت وانه ذكر قوما وسكت
عن قوم وليس تخصيص في الذكر يدل على نفي الحكم عما عداه
قلنا لم نتمسك بالسكوت ولا دليل الخطاب وانما تمسكنا
بالاصل وبقينا عليه الا فيما استثناه الشرع وزعمت الحنفية
ان الاصل هو ابقاء الكفار وتقريرهم لان الله تعالى ما اراد
افناء الخلق ولا خلقهم ليقتلوا وانما ابيح قتلهم لعارض ضرر
وجد منهم لان ذلك جزاء على كفرهم فان دار الدنيا ليست
دار جزاء بل الجزاء في الاخرة فاذا دخلوا في الذمة والتزموا

والزموا الحكامنا انتفعنا بهم في المعاش في الدنيا وعمارتها فلم
يبق لنا ارث في ملكهم وحسابهم على الله تعالى ولانهم اذا امكنوا
من المقام في دار الاسلام ربما شاهدوا بدايع صنع الله في فطرته
وودايع حكمته في خليقته فلا   والوا الى الاسلام واذا كان
الامر بهذه المثابه لم يجز ان يقال ان الاصل قتلهم ولكنا
قلنا الاصل ما قدمنا من اباحة دمايهم بكفرهم لا لاجل
قتالهم فان هذا من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا
يجوز ان نقرهم على كفرهم وشتمهم ودراسه حيث يقتلهم
على دينار يوجد في راس كل سنه ولهذا يقتل المرتد وان
التزم الجزيه ودخل تحت الذمه فان قيل هذا يبطل بالمجوسي
لانه يقر بالجزيه ولا كتاب له قلنا لاجل ذلك المعنى امتنع عمر
رضي الله عنه من قبول الجزيه منهم لانه لا كتاب لهم حتى
قام عبد الرحمن بن عوف فقال اشهد ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال سنوا بهم سنه اهل الكتاب ما خلا المناكح والذبايح
وروي ان الصحابه ايضا اجتمعوا على علي كرم الله وجهه

فقال علي عليه ... كان لهم كتاب يقيمونه

فقال ما بال الجزيه توخذ من المجوس ليس لهم كتاب يقرونه
وعلم يدرسونه فوقع ملكهم على اخته وكان قد تزوج بها فهموا
برجمه فقال لهم ان خير الاديان دين ابينا ادم وقد كان زوج
بناته من بنيه فتركوا رجمه وقد اسري بها بهم وهذا من
الصحابه دليل على انهم لم يعلقوا الجزيه ما خلا الا الكتاب
حتى طلبوا وجه الحاق المجوسي باهل الكتاب ثم نقول
جميع ما ذكروه يبطل بعبدة الاوثان من العرب وسندهم
في الفرق ان العرب اذوا رسول الله وظاهروا على اخراجه
وازعاجه حتى اضطر الى الخروج من الديار والاوطان د
بالعاربه وبالغوا في اذيته فلم يقبل منهم الجزيه تغليظا عليهم
بخلاف العجم فانه لم يوجد منهم اذيه فقلنا يقرون ببذل الجزيه
ونحن نقول بل طل باهل الكتاب فانهم اذوه غايه الاذيه وكتموا
اعلام نبوته وبشارة بعثه واخفوا اسمه وقال الله تعالى يعرفونه
كما يعرفون ابناءهم وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقال
تعالى يجدونه مكتوبا عندهم في التوراه والانجيل حتى قال لو انهم

اطهر والسمه لما اختلف عليه اثبات تجميع الطوايف عادى
العرب لاجل الرانسه واهل الكتاب لانه نسخ دينهم وشرعهم
وازال ايضا ملكهم والذى يدل على ان اهل الكتاب ادون واكثر من
العرب صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم الفريقين فانه
لما ظفر بعبدة الاوثان يوم فتح مكه لم يقتل احدا منهم الا من قاتل
فلهم خالد لانهم حاربوه وقال من القى سلاحه فهو امن ومن دخل
دار ابي سفيان فهو امن ولما ظفر ببنى قريظه استاصلهم ولم يغادر
منهم احدا حتى امر بالكشف عن موتزر الصبيان كل من انبت
نباتا حسنا فاقطعوا ضربوا عنقه فان قالوا فلم اقرهم
عبدة الاوثان بالاسترقاق قلنا ليس الاسترقاق كالجزيه
وانما هو احق القتل لانه قبل الحسن اعلام للمسترق حق
نفسه ليس هو كالجزيه التى يصير بها من اهل دارنا مختلطا بنا
متصرفا على ايثاره واختياره مسئلة الجزيه لا تسقط بالموت
ولا بالاسلام ولا بتداخل السنين قبل الاستيفا خلافا لابى
حنيفه رضى الله عنهما فى الصور الثلاث ومأخذ النظر خلاف

اختلاف الامامين رضى الله عنهما فى حقيقة الجزيه وجهه
وجوبها فعند الشافعى انها وجبت عوضا عن سكناهم
دار الاسلام وعصمتنا اياهم ودفعنا عنهم وقال ابو حنيفه
هى عقوبة ضربت على الكافر بسبب الكفر كالرق من ثان
العقوبات التى تداخل والسقوط بالموت والاسلام والذى يدل
على صحة ما ذهبنا اليه امور ثلثه احدها اشعار الصيغه
فان الامام يقول اسكنتك دار الاسلام كل سنه بدينار او بما هذلك
بدينار او على دينار فيقول قبلت وحرف الباء للعوض كما فى
قول القايل بعتك بدينار او على دينار وكلمه على للالزام لقوله
احرزتك على عشره الثانى ما روى عن على كرم الله وجهه
انه قال انما بذلوا الجزيه ليكون دماهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
دل انها وجبت عوضا عن حقن دماهم وعصمه اموالهم
الثالث ان العوض عبارة عما يبذل فى مقابله امر هو متعاطى
العوض وذلك موجود هاهنا فان قبل بذل الجزيه انه كان ممنوعا
من سكنى دار الاسلام خايفا فى نفسه وماله وبيذل

لجزيه صار امنا مطمينا منجحا فيها متوا فيها حيث يشا
ويتصرف على اختياره وايثاره وينتفع بمرافق الدار وسكناها
وانما نال جميع ذلك ببذل الجزيه واذا اثبت كونها عوضا
فالعوض يستقر باستيفا المعوض كالمهر في النكاح والاجره
في الاجاره وقد استوفي المعوض فوجب بقا العوض الى
حاله الادا تحقيقا لفايده الوجوب فان قالوا دعوى العوضيه
باطل من وجهين احدهما ان الذمي يسكن دار الاسلام وربما
كان يسكن في مباح والمباح لا يوخذ عنه عوض فبطل
كونها عوضا عن السكنى الثاني انه يبطل بالدراري والنسوان
فانه لا جزيه عليهم ولو كان عوضا عن السكنى لوجبت عليهم
قلنا اما الاول فجوابه ان مجرد الدار التي يملكها الذمي
لو جلس فيها ومنع من الخروج كطلب الما العام والتردد
في الشوارع والصحاري والارتفاق بالاحتطاب والاحتشاش
والاستعانه بالمسلمين في المعاملات عما حرجا لان
الله تعالى خلق الادمي بحيث لا يعيش منفردا في ضيق

الا عيشا نكدا منغصا فيحتاج الى بلد او قريه حتى فيه
يتردد فيها ويستعين بالجيران ويرتفق بالاراضي فكان
العوض في مقابله هذه النسبه العامه ولسنا ندعي
انه على قياس الاجارات الخاصه وانما العوض بما يقابل
لها وقد ظهر واما النسا والصبيان فانما لا تؤخذ منهم لانه
اتباع واذا التزمنا باخذ الجزيه من الرجل ان يترك دوابه
وعياله واقمشته وحاجته الى والده وزوجته اعطي فهو
مندرج بالتبعيه حتى لو وجدنا في قلعه جماعه من النسا
ولا رجل فيما بينهم والتزموا الجزيه قال اصحابنا يجوز اخذها
حيث انعدمت التبعيه فان قالوا لم لا يجوز كونها عقوبه
قوله تعالى حتى يعطوا الجزيه عن يد وهم صاغرون وسماها
صغارا فدل على كونها عقوبه ولهذا استنكف التغلبيون
منها وصاغوها باسم الصدقه قلنا الذله والصغار
ليس من صفات الجزيه وتوابعها وانما هو من موجبات
الكفر لما من منع من المطوله في البنيان وركوب الخيل

كيف وقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون متروك
الظاهر فان القتال ينتهي ببذل الالتزام لا بالاعطا واذا
ثبت كونها عوضا وجب ان لا يسقط الا بالادا او الابرا
نعم لا ننكر انه عوض مجهول لجهالة اخر الله لكن احتمل المصلحه
هذا العقد كما في القراض والجعاله مسايل الصيد
والذبايح مسله الكلب المعلم اذا اكل من فريسته
نادرا لم يحرم على روايته السابقه قولا واحدا فان كان الاكل
عادة له حرمت الفريسه التي ظهرت بها عادته وهل
يحرم ما اكل منها قبله فيه وجهان قال ابو حنيفه رحمه
الله يحرم الفريسه الماكول منها ويعطف التحريم على جميع
فرايسه المتقدمه ولو كان بخمس سنه ويعني بالمعلم
ما جمع ثلاث شرايط وهو ان يكون بحيث اذا ارسل
استرسل واذا زجر انزجر واذا امسك الصيد لا ياكل منه
فاذا وجدت هذه الشرايط صار معلما واذا امسك حل
الله واذا عدمت او واحد منها فليس بمعلم ثم لا بد وان

وان يتكرر ذلك منه بحيث يقال في العاده انه صار معلما
ولا ينحصر ذلك بعدد بل الضابط في كل ما ورد الشرع به
مطلقا فلا بد من تحديده ولا حد له في اللغه ولا في الشريعه
ان يرجع فيه الى العرف والعاده كالقبوض والعيوب والاحراز
وغير ذلك وهذا من جملته ومن اصحابنا من قال فله ثلث
مرات فاذا ترك الاكل ثلث مرات حل فريسته في الكره
الرابعه وسوا في ذلك الكلب والفهد والنمر وغيرها
من الوحش المعلم اذا اكل ففيه قولان على ما ذكرنا اما البازي
والصقر وجوارح الطيور فالمذهب انها اذا اكلت كان
حكمها حكم الكلب اذا اكل فيخرج على القولين وقال المزني
تحل صيدها قولا واحدا وهو قول ابي حنيفه والفرق ان
الكلب يعلم بترك الاكل فاذا اكل لم يحل الصيد والبازي
يعلم بالاكل فاذا اكل لم يوثر وماخذ النظر فيها ان ترك الاكل
في ابتدا التعليم عندنا لم يعتبر مقصود الفريسه بل اعتبر للدلاله
على التعليم فلا يمنع ذلك بالاكل النادر المحتمل وعندهم اعتبر

اصلا ومعصوما كالابتلا والانزجار فاذا اخلف الظن تغير
الحكم والدليل على صحة ما ذهبنا اليه هو ان الاكل في الابتدا
كان اصلا ثابتا في حقه وترك الاكل في الدوام هو الاصل
الثابت المستمر اذا الكلام فيما اذا عرف ذلك بالدلايل
الواضحة والشواهد اللايحة ومضى عليه الزمن الطويل
فصارت دلالة ترك الاكل في الابتدا بصفة التكرار
على العلم قطعية ودلالة الاكل في الدوام مرة واحدة
على الجهل محتملة فان احتمال وقوع ذلك لفرط جوع غلب
عليه او دهشة وحيرة او نسيان ان صاحبه ارسله قائم
والمحتمل لا يرفع المتيقن واحتج الخصم في تقرير ما قاله بان
الاصل المستيقن في حق الكلب هو الجهالة وعدم العلم
وانما حكمنا بكونه معلما من حيث الظاهر فاذا اكل عرفنا
انه لم يكن معلما حقيقة وان ذلك الظن اخلف واذا
اخلف الظن تغير الحكم ولهذا قلنا ان الفرايس المتقدمة
تحرم ايضا قالوا ونظير مسالته اما اذا قال لزوجته

اذا مت فانت طالق قبله بشهر فانه يباح
له الوطي الى حين الموت مع انا تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر لكن
لما كان الظاهر بقاؤه اثبتنا الحل بناء على الظاهر كذلك هاهنا
والجواب نقول ولا نسلم ان الاصل المستيقن
في حق الكلب هو الجهالة فاذا اكل بان انه لم يكن معلما قلنا
اما الاصل انما يتغير اذا لم يكن الطاري قاطعا اما اذا
كان الطاري قطع الاول ونفاه كان الحكم له والاعتبار به
دون ما تقدم من الاصل ويصير الطاري هو الاصل لانه
ثبت واستمر عليه وتيقنا تغير الطبيعة ونظير مسالتنا
ان وثنيا لو اسلم وذبح شاة ثم ارتد فانه لا يحرم ذبيحته ولا
نقول عاد الى الاصل بل نقول هذا الطاري رفع الاصل وكان
الاعتبار به دون ما تقدم وما ذكروه من المثال فلا يطابق
مسالتنا لان النكاح موجود يقينا والحل ثابت قطعا ووقع
الشك في زواله واليقين لا ينقطع بالشك اما هاهنا
فالاصل فيه التحريم والحل ثبت بعارض فاذا وقع الشك

في الشرط وقع في المشروط فينبغي ان لا يثبت الحل
اصلا ويدل عليه جوارح الطيور كالبازي وغيره
فانه اذا اكل لم يحرم فريسته ولو كان الاكل دليل
للجهل لما افترق الحال بين جوارح الطيور والسباع
فلين قالوا اذا تعارض دليل الحل والحرمة يغلب جانب
الحرمة احتياطا قلنا انما يغلب جانب الحرمة اذا
استوت الامارتان وتقابلتا كما لو شهد شاهدان
بالنكاح وشاهدان بالطلاق فانا نقدم شهود الطلاق
لما قلنا واما في مسئلتنا ما استوت الامارتان فان
ما يقتضي الاباحة قد علم وندره الزمن الطويل
وما يقتضي الحظر ليس امارة وانما هو نوع تهمة واليقين
لا يرتفع بالشك واعلم ان في المسئلة حديثين متعارضين
متفق على صحتها احدهما رواه ابو ثعلبة الخشني ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك
المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان اكل قال وان اكل

والثاني قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا ارسلت
كلبك المعلم فكل قال يا رسول الله وان اكل قال لا ان اكل فلا تاكل
فاني اخشى ان يكون قد امسك على نفسه ومستند قول
الشافعي تعارض هذين الحديثين ووجه الجمع بينهما الانظر
على صنفها ان عدي بن حاتم كان من ابناء الملوك وكان يقصده
باصطياده التنزه والتفرج وهو مستغن عنه فنزهه
عن اكل الصيد الذي اكل منه الكلب وكان ابو ثعلبة الخشني
المحسن فقيرا يقصد باصطياده الاكتساب ليصرفه في
قوته وحصلة وا باحد الماء مع الاكل مسئلة متروك
التسمية حلال عندنا في حالتي العمد والنسيان حرام عندهم
في حالة العمد دون النسيان ويحرم عند مالك في الحالتين
جميعا وهذا الخلاف جار في التسمية عند ارسال الجارحة
على الصيد والمسلمما حلال احدهما تعارض انه الذكاة وانه
التسمية فله الذكاة تقتضي بعمومها تحليل كل مذكاه وانه التسمية
تقتضي بعمومها تحريم كل متروك التسمية والشارع فيما كان

متروك التسميه فاذا احللنا بعموم ايه الذكاه لزم تاويل
ايه التسميه لزم ايه الذكاه بما لم يذكر عليها اسم الله تعالى
ابو حنيفه يدعي ان الايه نص في تحريم متروك التسميه
اذ حمل الكل فسقا ونحن نقول اجمع المفسرون على ان
المراد بما لم يذكر اسم الله عليه في هذه الايه الميته ولم يحمله
احد على ذبيحه المسلم التارك للتسميه وفي الايه وجوه
تدل على ذلك منها قوله تعالى وانه لفسق ولا يفسق
اكل ذبيحه التارك للتسميه اجماعا اذ المسله اجتهاديه
والقضيه ظنيه ومنها قوله وان الشياطين ليوحون
الى اوليائهم ليجادلوكم والمجادله في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم انما كان في الميته باجماع من المفسرين
وذلك ان الكفار قالوا للمسلمين تاكلون مما قتلتم ولا تاكلون
مما امات الله فانزل الله هذه الايه وان اطعتموهم انكم لمشركون
ومن احد يقول الشافعي لا يكون مشركا والعياذ بالله ويدل
على صحه ما ذكرناه ان قوله لفسق عايد الى اكل الميته قوله

في الايه الاخرى حرمت عليكم الميته والدم ولحم الخنزير
وما اهل لغير الله به الى ان قال ذلكم فسق في هذه الايه وانه
لفسق عايد اليه ويدل جميع ما ذكرناه بالاحاديث الصحاح
المرويه في هذا الباب منها ما رواه الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير
عن ابي هريره قال سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ارايت الرجل منا يذبح وينسى ان يسمي الله فقال النبي صلى الله عليه
اسم الله على فم كل مسلم ومنها ما رواه عمرو بن دينار عن عكرمه
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يكفيه اسمه
وان نسي ان يسمي حين يذبح فليذكر اسم الله ثم لياكل ومنها
ما رواه هشام بن عروه عن ابيه عن عايشه ان قوما قالوا
يا رسول الله ان قوما ياتوننا باللحم لا ندري اذكروا اسم الله عليه
ام لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا وكلوا واما الـ
المعنوي هو ان الذكاه عند الشافعي رحمه الله قايمه مقام
حقيقه التسميه وعندهم لا تقوم مقامها في حال العمد ويدل
على صحه ما ذهبنا اليه احكام ثلثه احدها حل ذبايح اهل الكتاب

من عدم بحث عن التسميه الثاني ثبوت الحل في حق الاخرس
مع انتفائها الثالث سقوطها في حق الناسي وجميع ما مر منا
من مخالفه ظاهر الايه يلزمهم في استخراج الناسي فلم قالوا
الناسي عاجز عن التسميه وعند العجز جوز ان يقوم خلف مقام
الاصل كما في سائر الابدال مع الاصول اما العامد فهو قادر
على التسميه ولا يجوز له العدول الى الخلف مما هو وان
تركها لفظا فعقيدته منطويه عليه كما في حال النسيان ثم
باطل المسح على الخفين فانه اقيم مقام غسل الرجلين مع
القدره على غسل الرجلين من غير مشقه ولا حرج مسئله
الاضحيه سنه موكده عندنا والبينت مكتوبه ولا واجبه
قال ابو حنيفه رحمه الله الاضحيه واجبه على المقيم
الذي يملك نصابا او البينت بمفروضه وفرق بين الفرض
والواجب وقال الفرض ما يثبت بدليل مقطوع به غير
مختلف فيه والواجب ما يثبت بدليل مختلف فيه كالخبر
الواحد والقياس ... ومن مذهبه انها لا تجب على اهل البوادي

وضابط مذهبه انها لا تجب الا على من يجب عليه صلوه
العيد ولا خلاف ان نعرفها بالعلم لا تجب وماخذ نظر الشافعي
رحمه الله استصحاب دليل العقل الثاني الموجب حيث لم
يثبت عنده قيام دليل دل على وجوبها وهذا لان كل
واجب وثابت سبيل انما يتلقى من توقيف او قياس وكلاهما
منتفيان اما التوقيف فهو اما كتاب الله او سنه رسول الله
او اجماع الامه اما الكتاب فليس فيه ما يدل على وجوب
الاضحيه لا نصا ولا ظاهرا واما السنه فقد دلت على عدم الوجوب
بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ثلث كتبت علي ولم تكتب عليكم
الضحى والاضحى والوتر وروي السواك وروي انه قال
هي لكم تطوع وعلي مكتوبه وهذا نص في محل النزاع فان لم
يكن دالا على عدم الوجوب فلا يدل على الوجوب واما الاجماع
فلا مطمع فيه لوجود الاختلاف واما القياس فمنقسم الى
معنوي وشبهي اما المعنوي فهو ماخوذ من المصالح الكليه
والمعاني الجميله ومن المعلوم بانه لا يقتضي مصلحه كليه

ولا حرمة اختاب شاه بصفات مخصوصة على شخص مخصوص
على وقت مخصوص واما القياس فلا للتشبيه ومعناه ان يحله
صورة او اصلا تشبيها للمتنازع فيه فيلحق به وهذا مما لا يحله
اصلا فان قالوا دليل الوجوب من الكتاب قوله تعالى
فصل لربك وانحر امر بالنحر وظاهر الامر للايجاب
ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم على اهل كل بيت في
كل سنة اضحاه وعتيرة وهذه على مقتضى الايجاب والالزام
عم ان العتيرة مستحب وهو دم كان يراق في الجاهلية
اول يوم من رجب فبقيت الاضحاه على مقتضى الظاهر وقد
روى ابو هريرة عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من وجد سعة
ولا يقربن مصلانا وهذا وعيد على الترك وانما يتوعد بترك
الواجب دون الندب ومن حيث المعنى ان الاضحيه
مخصصة بوقت مخصوص لا يجوز تقديمها عليه ولا تأخيرها
عنه واختصت بصفات وشروط لا تجري للعقيقه
والصغير واعتبار هذه الامور على الوجوب والجواب

نقول ليس في شئ مما ذكرتموه دليل على اهل الوجوب اما
التفسير فقد فسر اهل التفسير النحر بوضع اليمين على
الشمال في الصلوة ثم هي خطاب للنبي صلى الله عليه وسلم
ونحن نسلم وجوبها عليه واما الكلام في وجوبها على الامه
وليس في الاية دليل لايجابها على الامه واما الحديث
الاول ان صح فهو محمول على تأكد الاستحباب كما في قوله
عليه السلم غسل الجمعه واجب على كل محتلم والمراد به تأ كد
الاستحباب دون الايجاب فان غسل الجمعه لا يجب
وفاقا ودليل صحة هذا التاويل قرينته وهي العتيرة
فانها مستحبة غير مستحقة واما الحديث الثاني
فقد روى الشيخ احمد البيهقي عن ابيه الحديث
انه موقوف على ابي هريرة ثم نحمله على الاستحباب
بدليل جمعنا قولهم توعد على تركها قلنا تارك الاضحيه
لا يبعد عن المصلى بل منع ان يقرب منه للاستغنا د
ان كان ناصيا بل معناه من وجد سعة في الملاك

ولیس فی عدم التضحیة فلا یضیق سعة المکان علی من
یحضر لاستماع الخطبة فانه کان صلی الله علیه وسلم
یعلمهم فی الخطبة شروط الاضاحی فیجب حمله علیه جمعا
من الاحادیث قولهم انها تختص بوقت وصفات وشروط
قلنا الشروط تراعی فی النفل کما یراعی فی الفرض الا تری
ان الطهارة والستارة وغیرهما من الشروط تعتبر فی النافلة
کما تعتبر فی المفروض فیستویان فی الشروط ویختلفان
فی الوجوب ثم هو معارض بانتقاضه بصلاة الواجبات
فانها اذا فاتت لا تقضی ویجوز اکل جمیعها بدلیل دماء
الفرائض الواجبة فانه لا یجوز اکل جمیعها ویستوعبها
ومنها انها لا تجب علی المسافر ولو کانت واجبة عم
وجوبها المسافر ومنها انها لا تجب علی المسافر ولو
کانت ... والمقیم لا یختلفان فی الحقوق الدینیة کالقصر
والفطر واسقاط الجمعة لا فی حقوق المالیة مسألة
الجنین یتذکی بذکاة امه وقال ابو حنیفة رحمه الله

اذا ذکیت الام ومات الجنین معها فهو میتة والمسألة
من جانبنا خبریة والقیاس لهم الا انه مردود لانه مقابله
النص وهو ما رواه امام ائمة الحدیث یحیی بن سعید القطان
عن مجالد عن ابی الوداک عن ابی سعید الخدری انه سال
النبی صلی الله علیه وسلم فقال یا رسول الله انا ننحر الناقة ونذبح
الشاة والبقرة فنجد فی بطونها اجنة میتة افنلقیها ام
ناکله فقال صلی الله علیه وسلم کلوه ولا تلقوه فان ذکاة
الجنین ذکاة امه وهذا نص لا یحتمل التاویل ولهذا حتی قال
ابو یوسف من اصحابنا ان صح هذا الحدیث قلت به وقد
صح فان قالوا نحمله علی انه اراد انا نجد لحمه قارب الموت
قلنا باطل لوجوه منها انه قال افنلقیه ام ناکله وما لیس
بمیتة لا یلقی ومنها انه قال کلوه ولو لم یکن میتا کان یقول
اذبحوه ومنها انه قال ذکاة الجنین ذکاة امه وان کان
حیا لا یکون ذکاته ذکاة امه فان عارضوا بقوله تعالی
حرمت علیکم المیتة وهذا میتة قلنا فهذا مذکی بتذکیة

فان قالوا ذلك مذكى حقيقة قلنا وهذا مذكى شرعا
والمذكى حقيقة انما كان مذكى بالشرع وهذا مذكى بالشرع
فان عارضوا بقوله تعالى والمنخنقة وهذا يسمى لغة المنخنق
وهذا ليس بمنخنق حقيقة فان قالوا هو مشبه به قلنا هذا
الان قياس القياس يرد بالنص وقد نص الشرع على
انه مذكى فيجب اباحته

مسايل الايمان

مسلة اليمين الغموس توجب الكفارة عندنا خلافا
لهم وصورة المسلة ما اذا حلف على ماض وكان كاذبا فيه
فيقول والله ما فعلت كذا وقد فعل او قد فعلت وما فعل
وللمسلة ماخذان احدهما ان اليمين عندنا لا تحرم المحلوف
عليه بل الكفارة تجب بهتك حرمة الاسم المعظم وعندهم
تحرم المحلوف عليه وتوجب البر فاذا اقدم على الحنث
فقد ارتكب حراما فيجب الكفارة كذلك وبنوا على هذا
الاصل سائر مسايل الايمان وقالوا اذا حلف على الامتناع
من فعل شي او الاقدام عليه فهو قاصد بذلك منع

منع نفسه وكفها عن الفعل فقد حرم عليه هذا اصل ما كلف
عليه قالوا وانما استفدنا هذا من اصل وهو تحريم البضع
فانه اذا قال لزوجته او امته انت علي حرام وجب
عليه كفارة يمين وقد دل عليه نص قوله تعالى للنبي صلى الله
عليه وسلم لما حرم مارية القبطية على نفسه ابتغا الاربعة
ابتغا مرضات بعض ازواجه يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله
لك تبتغي مرضات ازواجك والله غفور رحيم قد فر ض
لكم تحلة ايمانكم فتبين ان ذلك كله يمين قالوا فلما ثبت
لنا هذا الاصل وان الكفارة تجب فيما حرم على نفسه طرد نا
ذلك في ساير الايمان وان الكفارة تجب فيما حرم على نفسه
طردنا ذلك في ساير الايمان وقلنا اليمين تحرم المحلوف
عليه فاذا اقدم عليه فقد ارتكب حراما ووجبت الكفا ره
لانه لما حرم على نفسه فعل امر في المستقبل ويتصل
منع الشرع عن الامر الماضي وان التكفير قبل الحنث
لا يجزي لانه ما وجد سبب وجوب الكفارة وهو

ارتكاب الفعل المحظور وهكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودي
او نصراني والكفارة عليه كفارة يمين لانه لا ينعقد الكلام هذا
على حرام كما ان اليهود والنصارى على حرام والجواب
عن هذا المأخذ ان نقول هذا الذي ذكرتموه تستلزم باطلا
فانا اولا لا نسلم ان الايمان تحرم شيئا اذ ليس الى عباد الله
تغيير احكام الله وقلبها اعني ما هي عليه بل الذي اليهم وعليهم
تلقي الاحكام وقبولها واما قضية مارية وان الله تعالى
عاتب نبيه على تحريمها واوجب عليه كفارة يمين فلنا الاداء
هنا وجبت تعبدا لا تعقل معناه ولا يهتدى الى مجاوزة
واسع فيه مورد الشرع ولا سبيل الى الحاق غيره به فان
الله سبحانه وتعالى خص البضع باحكام وخصها باوصاف
وخصائص ومزايا تخالف بها سائر الاحوال والاملاك
بدليل ان بضع الامة لا يقاس على بضع الحرة في الظهار فانه
لو ظاهر من امته لم يكن ذلك ظهارا فلا تجب به كفارة
وفي الرواية يكون ظهارا موجبا للكفارة فاذا لم يقس بضعها

على

على بضع مع تساويهما وتقاربهما التفاوت ما بين الملكين في علو
المنزلة ودونها فكيف يقاس الحر واللحم على البضع واذا ثبت
ان اليمين لا توجب شيئا ولا تحرمه فمعقول القصد باليمين
تاكيد قوله وتحقيق وعده فاذا خالف فعله قوله في يمين
بالله مقصوده وجبت الكفارة لاجل ذلك فهذا مناط
الكفارة وماخذها عند الشافعي فسوا وجدت المخالفة
بعد اليمين او قبله او مقارنة اليمين توجب الكفارة لان المخالفة
كما توجب حكمها اذا طرت توجب اذا قارنت والذي
يدل عليه ان موجب الكفارة يجب عليه بما لا يكون مقدورا
له لا مقصودا ان يحرم عليه او يشترط فيه كما لو علق يمينه على فعل
غيره بان قال والله لا يدخل السلطان غدا البلد ولتمطرن
السماء غدا ولتنكسفن الشمس ومعلوم ان فعل الغير لا يدخل
تحت قدرته ولا يحرم عليه فقد وجبت الكفارة بفعل
ما لا يحرم عليه وكذا لو حلف على ما هو مستحيل في قدرته بان
قال والله لاصعدن السماء والله لاشربن ماء البحار والله لاحجرن الدجلة

درهمًا عبيطا والله لاقلبن صفحات الجبال ذهبا ابريزا فان هذا
كله يجب عليه به الكفارة وان لم يكن مقدورا لله وقد قالوا انه
لو قال والله لاجمعن بين السواد والبياض لا كفارة عليه وفرقوا
ان الجمع بين السواد والبياض مستحيل لذاته وسائر ما ذكرناه
مستحيل لغيره فان الصعود الى السما مما يمكن في الجملة وهذا فاسد
لان ما هو غير مقدور للحالف بان كان مقدورا لله لا يصير
مقدورا للبشر فقد وجبت عليه الكفارة بما هو غير مقدور
له المأخذ الثاني ان الكفارة عند الشافعي شرعت اصلا
لا خلفا وعندهم شرعت خلفا عن البر الفايت بالحنث
والبر مستحيل بعد اليمين ومعنى هذا الكلام ان اليمين
عند ابي حنيفة رحمه الله يوجب البر وتقتضيه وفا
بتعظيم الاسم المعظم فان اذا امانه وجبت الكفاره
خلفا عنه لهتك (?) الاسم المخالفة قالوا والدليل انما يمكن ايجابه
على تقدير كون البدل ممكن الوجود والبدل ههنا مستحيل
وهو البر فامتنع ايجاب البدل والخلف والجواب

نقول هذا باطل حكما ومعنى اما الحكم فاحكام ثلثة احدها ان
العبد يجب عليه التكفير بالصوم مع انه خلف عن الاعتاق
ولا يتصور ايجاب الاعتاق عليه الثاني ان الايسة تعتد
بالاشهر والاشهر خلف على الاقرا مع ان الاقرا يستحيل
ايجابها عليها الثالث العاجز عن الما يجب عليه التيمم
مع استحالة وجوب الاصل عليه واما المعنى فهو ان هذا
الذي ذكرتموه وضع وترتيب شرع دون حكما انزل الله بها
من سلطان بل ضابط الكفارة اليمين الكاذبة على ما بيناه
ثم ان اليمين الكاذبة تنقسم الى ما يكون كاذبة لامر حسي
كالغموس والى ما يصير كاذبة لامر يطرا كسائر الايمان على
المستقبل والى ما يكون كاذبة لمعنى مقارن ثم الكذب
المقارن ينقسم الى ذاتي كقوله لاجمعن بين السواد
والبياض والى اضافي كقوله لاصعدن السما فهذه جهات
الكذب وتواجه والفرق من جهه وجهه محال لاوجه له

مسئلة التكفير بالمال قبل الحنث وبعد اليمين

جائز عندنا خلافا لهم ولنا في الصوم وجهان والفرق ان
الصوم بدل والبدل لا يجوز المصير اليه الا بعد تحقق
العجز عن الاصل وذلك انما يكون بعد الحنث اما التكفير
بالمال فاصل فلذلك يجوز تقديمه كما يجوز تقديم الطهارة
بالماء على الوقت ولا يجوز تقديم التيمم ومأخذ النظر ان اليمين
على تجردها هي السبب لايجاب الكفارة عندنا والحنث
شروط وعندهم السبب هو الحنث دون اليمين وهذا
عندهم مبني على الاصل الذي مهدناه في المسألة السالفة
من ان اليمين موجبة للبر والبر منصور يستحيل ان يجعل
موجبه للحلف اذا حلف انما صار اليه عند تعذر
الاصل وفواته وهذا اصل قد دللنا على بطلانه في المسألة
السالفة فلا نعيده وانما الحاجة الى بيان كون اليمين سببا
لوجوب الكفارة ودلالة السببية وهذا كقولهم كفارة القتل
وكفارة الظهار وكفارة الجماع فان المفهوم منه عند الاطلاق
السببية واما الحكم فكان لا رمان احدهما لو قال

لله علي يمين قال ابو حنيفة تلزمه كفارة يمين ولولا ان الكفاره
حكم اليمين لما تم ذكر اليمين بتمام التزام الكفارة الثاني ان
اهلية الوجوب تعتبر عند انعقاد اليمين ولا تعتبر حالة
الحنث حتى لو كان عاقلا حالة اليمين مجنونا عند الحنث
وجبت الكفارة عليه والمجنون ليس اهلا لوجوب الكفارة
عليه حتى ان قتل الصبي والمجنون لا يوجب الكفارة عند كم
دل ان الوجوب انما كان باعتبار ما وجد منه حالة وجود
الفعل وهو اليمين واما المعنى فهو ان الكفارة وجبت
مؤاخذة على ما دل عليه الشرع والمؤاخذة انما تتعلق بفعله
وهو اليمين اما الحنث فقد ينفك عن فعله كما لو حلف
ان زيدا لا يدخل الدار ولا ينزل الغيث فانها تحنث عند
وجوده وان لم يوجد ذلك بفعله فكان جعل اليمين
سببا اولى ليكون المؤاخذة بفعله فان قالوا اليمين لا يصلح
سببا لوجوب الكفارة لوجهين احدهما ان سبب الشيء
ما كان موصولا والاسباب الشرعيات طرقها الموصلة

قال الشاعر ومن هاب اسباب المنايا ينلنه ولو نال اسباب السما بسلم
واليمين لتسبطها الى الكفارة فانها تجب عند الحنث
واليمين مع الحنث ونحن نجيب على ما بيناه في المسألة السابقة الثاني
ان سبب الشي ما ثبت عنده وتقرر بوجوده واليمين تمنع
حال وجوب الكفارة وينتقض قال الله تعالى ولا تنقضوا الايمان
بعد توكيدها ولا عهد لنا بسبب يوجد الحكم عند انتفائه
والجواب عن الاول نقول قولكم ان السبب ما كان
موصلا الى الحكم واليمين مانعه من الكفارة من حيث انها
تجب عند الحنث واليمين محرمة للحنث باطل فانه بناء
منكم على ان اليمين تغير الاشياء عن حقايقها وقد ابطلنا وبينا
ان الاشياء بعد اليمين على حالها على ما كانت قبل اليمين
وعن الثاني انا لا نسلم ان الحنث ينقض اليمين وانما يسري في
ما في الحال هل هي كاذبه او صادقة فتبين لنا صفة اليمين ان عرفنا
انها كاذبة علقنا الكفارة عليها وان لم تبن صادقة فلا كفارة
مسألة اذا نذر صوم يوم العيد وايام التشريق

لا ينعقد نذره عندنا واذا صام فيها لا يصح وقال ابو حنيفة
رحمه الله ينعقد نذره واذا صام فيها صح صومه عن الاكل
النذر الذي نذره ولا خلاف ان النذر المطلق لا يصح ادا عه
في هذه الايام وماخذ النظر ان النهي المضاف الى صوم
هذه الايام عايد عندنا الى نفس الصوم ومتعلق بعينه
والامر بالشي والنهي عنه في حالة واحدة متناقض ولا يجتمعان
في محل واحد وعندهم ان النهي ليس راجعا الى عين الصوم
بل معنى عن الصوم وهو ترك اجابة الداعي الى الاكل في هذا
الاكل اليوم قال الله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير
فالخلق اضياف الله تعالى يدعوهم الى الاكل من لحوم القرابين
وترك اجابة الداعي من المضيف اخلال بحق المضيف
فحرم المصنف الصوم لهذا المعنى لا لاجل الصوم وقرروا
هذا بان النهي طلب وانما طلب ما يتصور فعله ولولا ان الصوم
متصور صحيح في هذه الايام ما نهي عنه لان المنهي عنه ينقسم
الى فعل محسوس فيعود النهي الى عينه فيفسد ذاته واصله

كالنهي عن الزنا والسرقة والكذب والى ما يعود الى
وصف الشي لا الى ذاته فيكون النهي عايدا الى الاكل وهو
الوصف دون الذات ولا نهي عن اصله فيكون مشروعا
واذا كان مشروعا فالنهي يدل على كونه شرعا لا على عدمه
اذ لو استحال وجوده شرعا لما نهي عنه ونحن نقول
اما دعوى صرف النهي الى ترك اجابة الداعي فلا نسلم
كما ذكرناه قولهم ان الناس اضياف الله تعالى في هذا اليوم
قلنا هذه تسمية فقهية او حسنة وليس عليها دليل في الشرع
فان العباد كلهم اضياف الله تعالى في جميع الايام يأكلون
رزقه الذي يطعمهم ويسقيهم باكتساب مصالحهم وهم
في هذه الايام كذلك من غير مزية الا انهم امروا فيها
بعادة النحر كما امروا في الايام كذلك بتحري الزكوة واقام
وسائر العبادات ثم وان سلمنا ان النهي كان كذلك
لكنه نهي تمكن من عين الصوم اذ لا معنى للاتيان بالصوم
الا طلب ترك الاكل فصار كانه طلب الاكل وتركه

في وقت واحد فيكون كقول القائل كل لا تأكل وهو
متناقض والدليل القاطع على صحة ذلك صحة الصلوة
في الدار المغصوبة عند المطلق لما كان النهي
منصرفا الى غيره وهذا مما لا جواب عنه قولهم ان النهي
عما لا يكون لا يتصور قلنا اذا قلتم ان النهي عاد الى الشرع
فسروا لنا معنى الصحيح في الشريعة ولا معنى لكونه صحيحا
الا انه موافق للامر فكانكم قلتم الدليل على كونه مأمورا
به انه منهي عنه وذلك ساقط بل الحق الذي لا مرا
ان النهي لا يعود الا الى فعل العبد المحسوس فاما كونه مشروعا
صحيحا فذاك حكم الشرع وذلك لا نهي عنه لان الشارع
انما نهى العبد عما هو اليه ويقدر عليه ولا ينهاه عما اليه
ثم جميع ما ذكروه يبطل بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلوة
ايام اقرائك وصلاتها غير متصور شرعا ولم يطرد على القياس
والعقود فنهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الملاقيح
والمضامين وحبل الحبلة وقال تعالى ولا تنكحوا ما نكح

اباكم من النسا الا ما قد سلف فاحدث العبارة عن الجميع
مسئله اذا نذر ذبح ولده لغا نذره ولا يلزمه
شي عندنا وقال ابو حنيفه اذا نذر ذبح ابنه يلزمه ذبح
شاه وان نذر ذبح عبده فلا شي عليه ولو نذر ذبح ولده لم
يصح اجماعا والامر واستدلوا على ذلك بان الامر
بذبح الولد امر بذبح الشاه بدليل قصه الخليل عليه السلم
وذلك يسمى فدا فلذلك الامر بذبح الولد وجب ان
يكون نذرا بذبح الشاه قالوا والجامع بينهما ان النذر
مثل الامر ولهذا لا ينعقد الا بالحلف لما موره لا فرق
بينهما الا ان احدهما الزام والاخر التزام الاول
من جهه الشرع والثاني من جهه العبد والحاصل
ان الامر بذبح الولد صار امرا بذبح الشاه حتى كان
ذبح الولد حراما كذلك النذر بذبح الولد وجب ان
يكون نذرا بذبح الشاه ونحن نقول هذا فاسد لان الاسم
الشرعي عبارة عما تكرر استعماله في عرف الشرع حتى

يصير عند الاطلاق منصرفا الى ما يستعمل فيه كالصوم
والصلوه وسائر الاسما الشرعيه والشرع لم يجعل اسم الولد
اسما للشاه ولا استعمله فيه بحال فلا يكون اسما شرعيا
واما قصه الخليل عليه السلم قلنا هناك وجب ذبح
الولد ثم صارت الشاه بدلا على ما نطق به النص وفيما نحن فيه
ما وجد وجوب ذبح الولد على انا لا يلزمنا شرع غيرنا والامر
شرع غيرنا لا يجوز ان يلزمني من شرع غيرنا قال الله تعالى لكل
جعلنا منكم شرعة ومنهاجا مسايل الاقضيه مسئله
القضا على الغايب نافذ عندنا خلافا لهم وصوره المسئله ما اذا
ادعى على غايب حقا من حقوق الادميين كالديون والبيوع و القصاص
وحد القذف وما اشبه ذلك فان الحاكم يسمع دعواه
واذا اقام بينه سمع بينته واذا سال المدعي ان يكتب
الى حاكم البلد الذي فيه المدعى عليه بما ثبت عنده فعل ذلك
هذا كله لا خلاف فيه اما اذا طالب المدعي ان يحكم
على المدعى عليه الغايب فعندنا يسمعه القاضي مع البينه

انه لم يعص حقه منه لا شي له ولا ابراء عنه ولا عن شي فيه
ويحكم عليه ثم يكتب الى حاكم ذلك البلد بما حكم به فان كان الخصم
مستترا في البلد ولا يمكن حضوره من احضاره مجلس الحكم
او حضر المجلس ثم هرب قبل ان يسمع الحاكم البينه او
بعد ما سمعها وقبل ان يحكم عليه ففي المسايل المذكورات وجهان
اصحهما انه يحكم فيها على الغايب اذا ادعى حاضر في البلد
على مستتر واقام البينه عليه فهل يجوز للحاكم ان يحكم
عليه من غير احضاره فيه وجهان اصحهما انه لا يسمع
الدعوى والبينه عليه حتى يحضر والثاني ان البينه
تسمع ويحكم عليه بها وان لم يحضر وقال ابو حنيفه
رحمه الله لا يجوز الحكم على الغايب ما لم يكن هناك
خصم حاضر يتعلق الخصومه به مثل وكيل او وصي
او يدعي حقا على جماعه غيب وحضر واحد منهم فانه
يجوز الحكم على حاضر ويكون ذلك حكما على الجماعه
وماخذ النظر فيه اختلاف الامامين في حقيقه القضا

القاضي هل هو انشا او اخبار فعند ابي حنيفه هو انشا واثبات
والاثبات لا يعقل الا على ناف فصار الانكار شرطا للقضا
وعند الشافعي هو اظهار الله تعالى واخبار عنه وليس هو
اثبات حق على سبيل الابتدا ويدل على صحه ذلك وبطلان
دعوى الانشا ان المدعي انما يطلب حقا ثابتا له من قبل ولا
يستدعي التمليك اذ لو استدعى التمليك ابتدا لكان معترفا
بانه مبطل في دعواه الملك والبينه مصدقه له وبهما حسب
ما ادعاه والقضا ايضا انما شهدت به البينه والشهود مخبرون
حاكون فاذا اعطيناه حقا اخر اثبتناه وانشاناه كان
غير المدعى به وغير المشهود به واذا ثبت كون القضا اخبارا
واظهارا فايهما كان فالغيبه لا تمنع ذلك ولا يقدح
في الحكم فان الحاكم اظهر الحق بالبينه الكاشفه الكامله
العادله والبينه كانها مستنبه فان قالوا فالظهور حاصل
بتعديل الشهود ولا يزداد اظهار البينه بقوله قضيت
فان الحكم يتوقف على القضا لولا انه مثبت كيف ولو قال

[illegible]

اظهرت وامضيت لم يكن قضا قلنا انما يوقف الحكم بعد التعديل
على القضا لان حال الشهود في محل الاجتهاد اذ ستور الجرح
بعد التعديل على ولم يحمل الشرع مجرد الخروج الامر عن محل
الاجتهاد حتى جاز العمل فان قالوا فقول القاضي قضيت وحكمت
انما صدق اذا كان الحكم مستفادا منه كقول القائل سودت
وبيضت وكذلك قوله الزمتك المال انما يكون صحيحا وصدقا
اذا كان اللزوم مستفادا منه قلنا قول القاضي قضيت وحكمت
لا يجري على ظاهره وفاقا فان ظاهره اثبات الحكم وهو صنع الرب
عز وجل لا غير انكم تجوزتم وقلتم هو حاكم على معنى انه اتى بسبب الاصـ
انه اثبت له سبقية حكما فاضيف اليه لنسبته ونحن نجوزنا
وقلنا هو حاكم على معنى انه حكم الله فينا فان المختفي الذي لا دليل
عليه كالمعدوم في نفسه بالاضافة الينا فصح ان يسمى مظهره
مثبتا مجازا فان قالوا الاسلم صحته البينه فان صحت البينة بعد
بعدالة الشهود وسلامتها عن القوادح والقيد الثاني مفقود
فان الطعن والقدح في البينه حق المدعى وانما يعني سلامتها

عند حضوره وشعوره وعجزه عن القدح والمعارضه
كما في المعجز فانها انما تصير معجزا اذا احضر المدعو وعجز عن
معارضتها اما اذا كان غايبا فلا يكون معجزا في حقه لجواز
ان يكون عنده معارض يبطلها وبرهانا نعده وليست بحجة
كذلك ههنا قلنا دليل صحة البينه انعقاد الاجماع
على انها مسموعه يجب على القاضي سماعها عندكم للنقل
وعندنا للقضاء بها ولو لم تكن حجيه معتبره لما وجب
سماعها فان قالوا يلزمكم شهادة الشاهد الواحد
فان القاضي يسمعها بل يجب عليه سماعها ولا يقضي بها
لان الشاهد الواحد ليس ببينه بخلاف محل النزاع ثم لم
ان القدح والطعن حق المدعى عليه فلما هذا الحق لا يفوت بالقضا
فان القاضي يقوم مقامه ينوب ويستمع ويسمعه ويسلم
جهله في التركه ويحلفه بالله انما برا وما اشتغ فاه ويستقصي
في البحث عن حال الشهود ثم بعد استقصائه يكتب في
كتابه وقد حل كل ذي حجة واذا احضر الغايب وقدح

في الشهود واظهر ما يوجب رد شهادتهم وقولهم مع
ذلك منقوض بقولهم وقولهم ان البينة انما تصير حجة اذا
سلمت عن المعاوضة كالحجة قلنا لا نسلم بل تصير حجة
اذا تكاملت شروطها من العدالة والسن لذكره وصحة الحق
وما يجري ذلك فاذا وجدت شروطها كانت بينة
سواء كان المدعى عليه حاضرا او غايبا يقول في المعجز قال
قالوا سلمنا صحة البينة في نفسها لكن لا نسلم وجود محلها
فان محله بدليل امرين احدهما انعقاد الاجماع
على ان المدعى عليه لو كان مقرا لا تسمع البينة الثاني
ان البينة لا تراد لعينها وذاتها وانما تراد للقضا والقضا
لا يراد لعينه وانما يراد لاثبات المدعى والاثبات
لا يحصل الا على جاحد منكر للمدعى به بدليل ان المدعي
لو قال للحاكم خصمي الغايب مقر غير انني لا انتفع بماله
وحاجتي داعية الى ما عنده وله مال حاضر عندي
فاقض بيني وسلم المال الي فان الحاكم لا يلتفت الى ذلك

ولا يقضى له بالبينة حينئذ لم يوجد الانكار ولو قال
هو منكر قضى له عندكم في احد ... قلنا
كل افاده البينة صورة حقا الحق وقولهم لو اقر لا تسمع
البينة قلنا لان البينة انما تسمع لظهور الحق وبالاقرار
ظهر الحق واستغنى عن سماعها وقولهم انها تراد للقضا والقضا
يراد للاثبات قلنا لا نسلم بل يراد للتقييد والامضا ثم
وان سلمنا انه يراد للاثبات ولكن لا نسلم اعتبار الانكار
فيه ويدل على سقوط اعتباره احكام ثلثة احدها ان
الانكار لو كان معتبرا لنفوذ القضا لما نفذ القضا على
الميت فلئن قالوا ينصب القاضي من ينكر عنه قلنا فلينصب
القاضي من ينكر عن الغايب ايضا انه لو ادعى حقا
على شريكين احدهما حاضر والاخر غايب واقام البينة
نفذ القضا على الحاضر والغايب جميعا الثالث والثاني
انه لو كان حاضرا وطالبه القاضي بالجواب فسكت جاز
القضا عليه مع انتفا الانكار من الغايب الثالث

عهد في يد رجل فخصمه عند القاضي فقال هذا العبد في يدي
وديعة لفلان الغايب واقام على ذلك بينة فسال ان يامر بالانفاق
عليه فان القاضي يامر بالانفاق عليه ويقضي على الغايب مع
انتفا الانكار منه واما اذا قال المدعي خصمي الغايب مقر قلنا
هذه مسله لا نص فيها للشافعي فلا نسلمها لان قول المدعي
خصمي مقر مجهول عندنا لانا لا نعلم هل هو مستند الى الاقرار
ام معرض عنه الاقرار المنتفع به ما كان في مجلس الحاكم
واقراره في الخلوة لا ينفع فلا فرق اذا بين قوله خصمي منكر او
خصمي مقر في ان الحاكم يقضي عليه وانما تمسكوا بقوله
صلى الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه حين بعثه الى
اليمن قاضيا لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر
فانك اذا سمعت كلامهما عرفت كيف تقضي بينهما
والجواب قلنا تمام الحديث ما رواه
ابو داود في سننه انه قال اذا جلس اليك الخصمان
فلا تقض لاحدهما حتى تسمع كلام الاخر وهذا يتناول

الحاضر دون الغايب مسالة قضا القاضي لا يغير
الاشيا عن حقايقها في الشرع ولا ينفذ باطنا عندنا
وقال ابو حنيفة رحمه الله عليه ينفذ ظاهرا وباطنا
ويغير الحكم عند الله تعالى مثاله ما لو ادعى رجل نكاح
امراة لها زوج وهو عالم ان لها زوج واقام على ذلك شاهدي
زور فقضى القاضي بشهادتهما فعندنا يثبت احكام الظاهر
ولا يتغير حكم التحريم فيما بينه وبين الله تعالى وعندهم
ينفذ باطنا حتى يحل له وطيها فيما بينه وبين الله تعالى
ويحرم على الاول وطرد ذلك في العقود والفسوخ
وكذا ينفذ تحت ولاية القاضي ساعدونا على عدم النفود
باطنا في الحدود والدما والاملاك المرسلة وماخذ النظر
ما اسلفناه في المسلة السابقة من كون قضا القاضي اظهارا
عندنا وعندهم انشا وقد دللنا على بطلانه والذي يزيده
هاهنا ان الانشا باجماع المسلمين يفتقر الى شروط من عدم
طلاق وعقد فيه ايجاب وقبول ومهر وغير ذلك ولم يوجد

شي منها فاي شي انشا فان قالوا فالقضا عندكم اظهار فاذا لم
يكن ثم شي موجود فاي شي يظهر قلنا فهذا هو الحجة لما لم
يكن في مسئلتنا عقد وجد كان قضاوه باطلا اذ ما اظهر
شيا فان قالوا القاضي يقضي بامر الله فيما اوجب عليه
من الحكم فهو نايب عن الله النايب يعمل المنوب فكان الله
تعالى قال هذه زوجة فلان وحكمت انها زوجته
قلنا هذا باطل فانه نايب عن الله تعالى فيما ظهر لا فيما بطن
فهو يحكم بالظاهر على ما نطق صاحب الشرع ثم باطل
باحكام عشرة نا صوا فيها وهي الحدود والدما والقضا
بشهادة عبدين او كافرين او محدودين في القذف وبما
اذا ادعى معتقة او مطلقة ثلثا او اخته من الرضاع نكاحا
وبالاملاك المرسلة واليمين الفاجرة فان القضا جاير في
هذه الصور كلها الوجود ولا ينفذ باطنا فلين قالوا نحن نقدر شرطه
وجود النكاح سابقا على القضا تصحيحا للقضا كما في قوله
اعتق عبدك عني على الف درهم فانه اذا قال اعتقت

عتق قبل هذا اولى لانه لما وجب علينا تصحيح تصرف
واحد من المسلمين فلان يجب تصحيح تصرف القاضي
وهو من اعلى طبقات المسلمين كان اولى قالوا ولا يلزم الاملاك
المرسلة فان اسباب ملك اليمين متعددة وتقدير جميعها
يتعذر وتقدير بعضها تحكم اذ ليس ادراج بعضها باولى من
ادراج البعض بخلاف النكاح فان ملك المتعة ليس له الا
سبب واحد وهو النكاح فامكن تقديره وادراجه لتصحيح
القضا والجواب قلنا نسلم ان تصحيح القضا ما امكن
واجب لكن تصحيح الشي اعتباره في حق حكمه وحكم القضا
تسلط المحكوم له وتسليم المحكوم به اليه وقد فعلناه اما
تقدير نكاح من غير شاهد وعقد من غير تعاقد وتغير الحكم
عند الله تعالى فليس من اثر حكم القضا في شي وخرج عن هذا
صورة الالتماس للعتق لوجهين احدهما ان البيع انشا استقلالا لا
حتى لو اتفقا على انشا العقد صح اما طلاق وجه الخبر من
عن ابلا ونكاح للحر دون اذنها فليس مقدرا للقاضي الثاني

ان اضمار البيع هناك انما كان تشوفا من الشارع الى
تحصيل الحريه وكذلك تجري فيه السرايه ويكمل ببعضه
ويتوقف نفوذه خلاف القضاء في جميع ما ذكروه ويبطل بالاملاك
المرسله قولهم ان اسباب ملك اليمين متعدده قلنا هذا هو
الحجه عليكم فانه اذا تعددت اسبابه وكثرت طرقه
كان التصحيح اولى ثم يلزمهم سائر الالزامات التي ذكرناها
فان القضا موجود في الجميع وهو يحكم بامر الله نيابة عن
الله كما عمم فكان ينبغي ان يسوي الحكم في الجميع وربما
تمسكوا بما روي ان رجلا ادعى نكاح امراه عند علي
رضي الله عنه واقام شاهدين فقالت المراه فقلت لله
والله ما تزوجني قط فان كان ولا بد فزوجني منه فقال
علي كرم الله وجهه شاهداك زوجاك دل ان القضا بالبينه
من حيث الظاهر ينفذ ظاهرا وباطنا والجواب
نقول لم يصح الاثر ولم ينقل في كتاب معتمد وان صح فهو
معارض بامر شريح فانه قال قضائي لا يحل لك ما حرم

الله عليكم مسلة القضا بالنكول باطل عندنا وقال
ابو حنيفه رحمه الله يصح في الاموال وتوابعها واتفقنا
على امتناعه في الحدود والدما وصوره المسله ما اذا عجز
المدعي عن اقامه البينه فان اليمين تعرض على المدعى عليه
فاذا امتنع عن اليمين نكل عنها ردت اليمين على المدعي عندنا
وعندهم لا ترد بل يقضي على المدعى عليه لنكوله بشرط
ان تعرض اليمين عليه ثلثا وللمسله ماخذان احدهما ان
المدعي به لا يثبت بنفس الدعوى عندنا وعندهم نفس
الدعوى مثبته واستدلوا على ذلك بثلثه امور احدها
قولهم ان الدعوى خبر يحتمل الصدق والكذب والظاهر
منه الصدق لان عقله ودينه يبعثانه على الصدق ويمنعانه
من الكذب فكان هو الظاهر لقيام دليله الثاني ان المدعي لو
ابراه مما ادعاه صح الابرا والابرا اما تمليك واسقاط فكل
واحد منهما يستدعي ظهورا وثبوتا لان ما لم يظهر في حكم
المعدوم الثالث انه لو قال للغير ما في يدك لي وقال المدعى

عليه ابنه هو لي ولكني لا ادري ابن هو فان المدعي ينتزع من
يد المدعى عليه ويسلم الى المدعي لولا ظهور الحق بعين دعواه
وثبوته بها لما سلم اليه قالوا ومقتضى هذا الاصل ثبوت المدعى
في حق المدعى عليه بمجرد الدعوى غير ان الدعوى اذا عارضها
الانكار منع ثبوت المدعى به نظرا الى المعارضة فاذا نكل عن
اليمين بعد عرض الحاكم اليمين عليه وتكرر القول بحسب
وهو مصر على نكوله فقد ترجحت جنبة المدعي على جنبة
بدليل رد اليمين على المدعى عليه لو بذل اليمين بعد ذلك لا
تسمع لاسقاط الشرع يمينه بعد ذلك دليل قاطع على
رجحان جانب المدعي فعمل الدليل المقتضي للتصديق عمله
والجواب نقول هذا الذي ذكرتموه كله دعاوى
باطلة اما قولكم ان الاصل صدق المدعي فيما ادعاه قلنا ليس
كذلك بل هو خبر متردد بين الصدق والكذب يحتملهما
جميعا فكيف يقال الاصل صدقه وانما الصدق قول
المعصوم المؤيد بالمعجزة فاما احاد الخلق كيف يقال

الاصل صدقه فيما و قد يكون المدعي كاذبا او زنديقا وقولهم
ان الظاهر من حال العاقل المتدين الصدق قلنا بل الظاهر
من حال الخلق ميلهم الى اهواهم والركون الى العاجل لذاتهم
وشهواتهم ومن يتبع هواه الى اهواهم والركون الى العاجل لذا تهم صح
ويؤثر آخرته على دنياهم فنادر من الجنس بل نقول الاصل
ان الدعوى المجردة لا يعطى بها احد شيئا الا ببينة غير ان
الشرع رأى ان ذلك لو وقع الاقتصار عليه لحرج حرجا
واقصى عسرا واحتسم باب الدعوى وان كل من لم تحضر له
بينته له بينة سكت عن حقه ولا يدعيه وفي ذلك ضرر
فشرع الله اليمين زاجرة ومانعة عن الكذب فاذا لم يحلف
المدعى عليه رد اليمين الى المدعي ليحلف حتى يحلف ويأخذ
ولا يعطى بمجرد الدعوى والسر فيه هو ان اليمين ابدا انما
يثبت في جنبة اقوى المتداعيين شيئا ومن كان الظاهر
معه كذلك اذا نكل المدعى شيئا ومن كان الظاهر معه
كذلك اذا نكل المدعى عليه عن اليمين فقد قويت جنبة المدعي

وصار الظاهر معه فكانت اليمين حجة في حقه ولهذا اقتصر
الشافعي باثبات الحق الشاهد واليمين لظهور الحق في جانب
المدعي حيث اقام شاهدا واحدا غير ان البينة حجة قوية لان التهمة
لا يلحقها واليمين حجة ضعيفة لان التهمة تلحقها فجعل القوي
في الجنبة القوية الماخذ الثاني ان اليمين حق المدعى عليه
عندنا وعندهم هو حق للمدعي على المدعى عليه ثبت خلفا
عن المدعي فاذا تعذر عليه الاصل عاد الى الخلف وقرروا
هذا ان الظاهر من حال المدعي ان يتوخى الصدق ويتجنب
الكذب غير ان الشرع جعل للمدعى عليه ذمة المدعي باحد
امرين اما ان يدفع اليه ما ادعاه وذلك هو الاصل واما
ان يحلف واليمين بدل وعوض عن الشيء الذي استحقه
باصل دعواه قالوا وبيان ان اليمين عوض انه لا يخلو اما ان
تكون صادقة او كاذبة فان كانت يمينه صادقة فقد برئت
ذمته وان كانت كاذبة نال المدعي مما اوتيه عليه من امر
دينه اكثر مما اوتي عليك من امر دنياك ولعل يلحقه

شؤم يمينه الى آخره فكانت عوضا من حيث هي مسلاة
للمدعي فاذا لم يحلف وتعنت وظلم عاد الى الاصل والامتثال
صدق المدعي فيما ادعاه وتسليم المال اليه وانما صرنا
الى اليمين لما عجزنا عن الاصل والجواب بما اسلفناه
فانا تارة نمنع رجحان الصدق على الكذب في جانب المدعي
وتارة نمنع كون اليمين حقا للمدعي بل هي حق المدعى عليه
على ما بيناه وربما ادعوا في المسئلة اجماع السلف الصالح
وهو ما روي ان رجلا قال لامراته حبلك على غاربك ورفع
ذلك الى عمر رضي الله عنه فقال والله ما اردت به الطلاق
فلم يحلف فقضى عليه الفرقة وروي ان عبد الله بن عمر
باع جارية من رجل فوجد بها عيبا فترافعا الى عثمان
رضي الله عنه فقال تحلف انك لم تعلم بها عيبا فامتنع
فقضى عليه بالرد وروي ان رجلين ترافعا الى شريح فقال
للمدعى عليه احلف له فقال رد اليمين عليه فقال ليس لك ذلك
وقضى عليه ونقل عن علي وابن عباس مثل ذلك ولم يعرف

لهم مخالف اذ ذاك في الجواب قلنا لا وجه لهذا
فان ابن المنذر ذكر في كتاب اختلاف العلماء انه نقل عن ابن
سيرين والنخعي والشعبي مثل مذهبنا وقد قال به مالك
والثوري والشافعي ولو صح اجماع الناس لامتنع اختلاف
الخلف مسئلة بل الشهادات مسئلة بينة ذو اليد
مسموعة مقضي بها عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله
فانه قال لا تسمع وانما تسمع بينة الخارج وصورة المسئلة
ما ادعى عينا في يد انسان فانكر ذو اليد واقام الخارج بينة
فعارضها ذو اليد ببينة فعندنا تسمع بينة ذو اليد كما
تسمع من الخارج غير ان اصحابنا اختلفوا في حكم البينتين
مع الاتفاق على ان المدعي يسلم له فمنهم من قال يتعارض
البينتان ويتساقطان ويبقى المدعي في يد من هو في يده كان لم
تكن بينة ومنهم من قال يرجح بينة ذي اليد باليد ويبقى
المدعي في يد من هو في يده لا انه لم تكن بينة ومنهم
من قال يرجح بينة ذي اليد باليد ويبقى المدعي في يد من هو

في يده عملا بالبينة الراجحة ثم الصحيح عندنا ان بينة الداخل
لا تسمع ابتداء لاستغنائه عنها وانما تسمع معارضة بعد
دعوى الخارج واقامته البينة وقال ابن سريج تسمع بينته ابتداء
اعني بعد دعوى الخارج وقبل اقامته البينة لفائدة اسقاط
اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مستغن بيمينه
عن اقامة البينة ثم لو اقام بينة سمعت اما اذا ابتدأ اقامة
بينة من غير منازع عند الحاكم ليسجل ملكه فالمذهب
انها لا تسمع اصلا وفيه وجه انها تسمع ثم حيث سمعت
بينة الداخل هل يحلف معها ام لا فيه قولان ومأخذ
النظر ان الداخل عندنا مدع من وجه ومدعى عليه من وجه
وعندهم المدعي هو الخارج وذو اليد منكر فحسب والدليل
على صحة ما ذهبنا اليه ان المدعى عليه عند قيام بينة المدعي
صار مدعيا بدليل انه ينتزع من يده ويمينه لا تسمع كالمدعي
ابتداء لا يعتبر فان الا ان الداخل لولا كانت تفيد وحيث
اقام الخارج بينة بطلت فائدتها ببينة الخارج فصار

محتاجا الى الاثبات احتياج الخارج من غير فوق الدليل القاطع
على ذلك ان بينته لا تسمع كما لا تسمع من المدعي ابتدا فمن
هذا الوجه هو مدع ومن حيث انه انكر ما ادعاه الخارج منكر
وقد سلم ابو حنيفة رحمه الله ان الشخص الواحد يجوز ان يكون
مدعيا ومدعا عليه كما اذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة
قايمة فيقول البايع بعتك بالفين والمشتري منكر والمشتري
يقول اشتريت بالف فيدعي والبايع يقول ما بعت فينكر
فان قالوا وهو ما خذهم الدليل على ان ذا اليد ليس بمدع
لامران احدهما ان المدعي في الشرع عبارة عمن ادعى شيا
يخالف الظاهر ان يدعي شيا في يد غيره او حقا في ذمته
والخارج هاهنا هو الذي ادعى ما يخالف الظاهر لكون
المدعى في يد غيره والخارج منكرا او يقول حقيقة المدعي
من اذا سكت ترك وسكوته والمنكر من اذا ترك الحجة
لا يترك بدلالة الطرد والعكس والداخل المدعى عليه
هاهنا لو سكت لم يترك وسكوته دل انه منكر

الثاني ان بينة الخارج تسمع ابتدا وبينة الداخل لا تسمع
ابتدا بل معارضة ولو كان مدعيا لسمعت منه ابتدا كما تسمع
بينة الخارج والجواب عن الاول ما ذكروه من حد المدعي
اولا باطل بما ذكرناه من صورة اختلاف المتبايعين فان
المشتري يدعي الشرا بالف والبايع ادعى البيع بالفين فما
ادعاه المشتري امر حاصل لا يخالف الظاهر اذ الاصل برأة دمته
عن الالف الزايد ومع ذلك وهو منكر ثم هو معارض بحد
اخر وهو ان المدعي عبارة عمن يخبر عن امر ينفعه وذو اليد
كذلك واما الحد الثاني فباطل بالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فانه لو سكت لا يترك وسكوته وهو مدع ثم نقول هذا
المدعي من كل وجه والداخل ليس مدعيا من كل وجه بل هو
مدع من وجه فمن حيث هو مدع قلنا تسمع بينته ومن حيث
هو منكر قلنا لو سكت لا يترك وسكوته وفهم في
الوجه الثاني ان الداخل لا تسمع بينته ابتدا قلنا نمنع على
قول ونقول تسمع بينته مهما توجهت الدعوى عليه وطولب

باليمين يكون فائدة سماعها اسقاط يمينه ثم نقول جميع ما ذكرتمو
ينتقض نقضا صريحا بما اذا كان الدعوى في ملك او في الثبوت
الذي لا يتكرر واحدة فانه صاحب يد وهو مدع عليه
ثم تسمع بينته اجماعا قالوا انما كان البينة سمعت لانها افادت
ما لم نعلمه ظاهر اليد فانها شهدت باولية الملك فان
هذا ملكه نتجه بناته وهذا النتج في ملكه اما في مسئلتنا فما
شهدت البينة الا بما شهد به ظاهر اليد قلنا هذا باطل
بما اذا استند الملك من جهة صاحب اليد الى الاجبار والاقبا
فانكم قلتم لا تقدم مع انها افادت ما لم نعلمه وشهدت باولية
الملك فان قالوا الذي لو اختلف تاريخ السنين وقدم اسبقهما
وبينة الخارج يشهد بالملك السابق فمعنى ان يكون مقدمة
قلنا لنا قولان في هذه المسئلة احدهما مثل مذهبكم والثاني انهما
سواء لا يرجح احدهما على الاخرى فاندفع الالزام مسئلة
المحدود في القذف اذا تاب قبلت شهادته عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا تقبل شهادته ابدا وشاعدنا على قبول شهادته فيما
لما

اذا تاب قبل اقامة الحد عليه وماخذ النظر فيها ان رد
الشهادة عندنا معلل بالفسق فهو يدور معه وجودا وعدما
وعندهم شرع عقوبة كالحد فلا يسقط بالتوبة كالحد ويدل
على صحة ما ذهبنا اليه ان رد الشهادة انما ثبت موجبا
للقذف وللقذف فسق وقد ارتفع بالتوبة اما كونه موجبا
للرد فدليله انعقاد الاجماع على الرد بعد القذف وقبل
التوبة واقامة الحد ولا حادث سوى القذف دل انه موجب
له اذ لو كان موجبا الغير لتوقف على وجود ذلك الغير فثبوته
عقيبه يدل ظاهرا على كونه موجبا واما كون القذف فسقا فدليله
انه يجب به الحد والحد انما يجب بالفسق والعصيان ولما
كون التوبة رافعة للفسق فدليله النص والاجماع اما النص
قوله صلى الله عليه وسلم التوبة تمحو الحوبة وقوله عليه السلام
التائب من الذنب كمن لا ذنب له واما الاجماع فهو انا
وان اختلفنا في ان الاستثناء في النص هل يعود الى جميع الجمل
ام يختلف في ان الاستثناء في النص عوده الى الجملة الاخيرة

قوله واولئك هم الفاسقون . واذا ثبت ارتفاع المانع وجب
ان يعود ما كان الى ما كان اما الحنفية فانهم زعموا ان رد الشهادة
عقيب القذف شرع عقوبة وحدا كالجلد ثم اجمعنا على ان الجلد
لا يرتفع بالتوبة فكذلك رد الشهادة واستدلوا على ذلك
بثلاثة امور احدها ان الله تعالى عطف رد الشهادة على الجلد
فقال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والعطف
يقتضي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في المعنى
واذا كان الجلد عقوبة وحدا كان الرد ايضا حدا الثاني ان رد
الشهادة مولم للقلب كما ان الجلد مولم للجسد فصلح حدا
الثالث ان الحد شرع ردعا وزجرا ورد الشهادة
يحصل به الردع والزجر لما فيه من قطع لسانه وابطال
كلامه فصلح حدا بل اولى لان الجلد في محل الجناية
ورد الشهادة مخصوص له الجناية وهو اللسان والجواب
هو انا لا نسلم ان رد الشهادة عقوبة بل هو موجب فسقه
ما سبق قولهم ان العطف يقتضي التشريك من وجه ولا يقتضي

التشريك من كل وجه ودليله قول الشاعر
ولقد ابيتك في الوري متقلدا سيفا ورمحا والرمح لا يتقلد
وانما يرتبط الا انهما لما اشتركا من وجه وهو ان كل واحد
منهما آلة للحرب عطف احدهما على الاخر وما ذكروه من الوجهين
الاخرين معارض بوجهين اخرين احدهما ان حقيقة العقوبة
ما كان فيه الالم والايلام والتنكيل وليس في رد الشهادة شيء من
ذلك ولا فيه تعويق امر يعود الى دنياه اذ قد لا يكون له غرض
في شهادة عند الحكام اصلا فكيف يقال هو عقوبة فلئن قالوا
قصد تبعيده قوله فرددناه ولم يقصد ذلك بل قصد الاخبار
لان حقيقة الشهادة خبر عما مضى وخبر مقبول في الرواية
بالاجماع فبطل كونه عقوبة الثاني ان الحد ما شرع ردعا للعامة تمه
وزجرا للكافة وهذا معدوم في رد الشهادة لان من الناس من
يشهد ومنهم من لا يشهد ومن يشهد قد يبقى برهة من الدهر
لا يشهد ثم منهم من يتأثر برد الشهادة ويتغير ومنهم من لا يتأثر
ولا يتغير فلم يصح رد الشهادة حدا ثبت بذلك ان الموجب للرد

لرد الشهادة هو الفسق وقد زال بالتوبة وارتفع بارتفاعها فان قالوا
العلل الشرعية امارات ودلالات على الاحكام والعلامة
انما تعتبر وجودها في الابتدا اما في الدوام فقد يبقى ويبقى
الحكم كما في البيع والنكاح وساير الاسباب الشرعية وكذا
كثير من افعال الحج كالسعي بين الصفا والمروة ورمي الجمار وغيرها
فانها شرعت لمعاني ثم استمرت الاحكام بعد زوال تلك المعاني
قلنا الامثلة المذكورة لا تناقض ما ادعيناه لان البيع والنكاح
وساير الاسباب الشرعية تستحيل بقا احكامها بعد
ارتفاعها في الدوام عند من يقول ان الحكم في الدوام لا يفتقر الى
بقا السبب وفرق بين الانعدام والارتفاع بل نظير ما ادعيناه
بقا الملك والزوجية مثلا بعد فسخ البيع والنكاح فانه ممتنع
قطعا فنسبة التوبة الى الفسق كنسبة الفسخ الى البيع والنص
دل عليه واما افعال الحج فلا نسلم تعليلها بالمعاني بل نقول انا
امرنا بها تعبدا وباتباع الانبيا الماضين فان اكثر الحج على
التعبدات فان قالوا هذا قياس مصادم لحكم النص القاطع

وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم
الفاسقون نص على ردها بلفظ الابد فيجب ان لا تقبل شهادته
بحال تاب او لم يتب ويحق ثبت من وجوه ثلثة احدها
انا لا نسلم انها تقتضي رد الشهادة على الاطلاق بل المراد
بقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا اي ما داموا مصرين على
القذف والرمي بمعنى الاصرار على القذف ترك التوبة والاداب
المعنى كانه باق حكما وتقدير الى ان يتوب فاذا تاب زالت
احكام القذف فقد زال القذف وارتفع من كل وجه وهذا
كقوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا اي ما دام مصرا
على ضلاله وكفره وعليه حمل ابو حنيفة رحمه الله قوله عليه
السلم لا يجتمع المتلاعنان ابدا قال معناه ما داما متلاعنين
فاذا كذب نفسه خرجا ان يكونا متلاعنين وزالت احكام
اللعان الثاني ان الله تعالى استثنى التائبين من القاذفين
حال الا الذين تابوا والاستثنا اذا تعقب جملا عاد الى جميعها

لوجوه بيناها في كتاب تخريج الفروع على الاصول والذي يكفي
به هاهنا مسئلة قطعية وهي ان الاجماع منعقد على ان الانسان
اذا قال لفلان علي خمسة وخمسة الا ستة انه يكون مقرا بثلثة
ولو ان الاستثناء يختص بالجملة الاخيرة لكان مقرا بعشرة لان
الاستثناء حينئذ يختص بالخمسة الثانية ويكون استثناء مستغرقا
بل زايدا عليه والاستثناء المستغرق باطل قطعا وحيث اتفقنا
على انه يكون اقرارا بثلثة دل العطف على جميع الجمل فان قالوا لا
خلاف ان الحد لا يسقط بالتوبة ولو عاد الاستثناء الى جميع الجمل
لسقط قلنا انما لم يسقط الحد بالتوبة لان المغلب فيه حق الادمي
ولا يسقط الا باسقاطه لا لخلل في اقتضاء الصيغة او
نقول مقتضى النص سقوط الجميع بالتوبة غير انه ترك العمل به
فيما عداه لان العام اذا دخله التخصيص فانه حجة في الباقي
الثالث انا نعارضه بالحديث الصحيح عن الزهري عن سعيد
بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال توبة القاذف
اكذابه نفسه فاذا تاب قبلت شهادته وهذا وان كان الحا

غير انه مؤيد بقياس الاصول فان ساير الجنايات كالزنا والسرقة
توجب الحدود والشهادة ثم ترتفع بالتوبة وما ذكروه مخالف
لقياس الاصول فبقي بلا دليل وفي صرفه الى ما ذكرناه من
التاويل جمع بين النصين فيتعين المصير اليه مسئلة شهادة
الكفار مردودة على الاطلاق عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله
تقبل شهادة بعضهم على بعض مع تباين دياناتهم وتنافرها فيهم
فتقبل شهادة اليهود على النصارى والنصارى على اليهود
والمجوس ولا خلاف في ان شهادة الكفار غير مقبولة على المسلمين
ومأخذ الطرفين اختلاف الامامين في المعنى الموجب
لرد شهادتهم على المسلمين فمستند الرد عند الشافعي
هو فسقهم دون العداوة الدينية اذ لو كان المانع العداوة
لما قبل شهادة المسلمين عليهم كما لم يقبل شهادتهم على المسلمين
اذ العداوة ~~لما قبل شهادة~~ من الطرفين ولم يختص احدهما
بالرد دون الاخر وانما لما حكم الله تعالى عليهما ولا الكفار
بالتكذيب والفسق رد شهادتهم قال الله تعالى الذين

ابناءهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابناءهم وان فريقا منهم ليكتمون
الحق وهم يعلمون وقال تعالى يحرفون الكلم عن مواضعه وقال
تعالى وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا فلما جاءهم ما عرفوا
كفروا به فلعنة الله فاخبر الله تعالى بكذبهم وتحريفهم وانهم كتموا
اسم النبي صلى الله عليه وسلم واشتروا به ثمنا قليلا واخفوا اعلام
نبوته ودلايل بعثته مع معرفتهم وعلمهم بذلك قال الشافعي
رحمه الله ومعلوم ان من كتم نعرا او قتيلا لم تقبل شهادته
فهذا الذي كتم البعثة وبشارة النبوة بهذا الامر العظيم
اولى ان ترد شهادته كيف وان الكذب حرام في كل شرع فمن
كذب مع علمه بذلك كان فاسقا قطعا فلان يرد الشهاده
فان قالوا انما الذين حرفوا فريق منهم لا كلهم فكيف ترد شهادة الجميع
قلنا لانهم اختلطوا فلا نعلم الملابس من غيره فرددنا الجميع
احتياطا واذا ثبت ان الموجب لرد شهادتهم على المسلمين
هو الفسق فهذا المعنى يمنع ايضا قبول شهادة بعضهم لبعض
وعلى بعض وان لم يكن هناك عداوة وزعمت الحنفية ان

الموجب لرد الشهادة على المسلمين كون الشهادة من قبيل الولا يات
والكافر لا ولاية له على المسلم وله ولاية على اهل دينه اما بعضهم
على بعض فهم كالشي الواحد فان بعضهم اولياء بعض قالوا والدليل
على ان الشهادة ولاية المعنى والحكم اما المعنى فهو ان حقيقة
الولاية تنفيذ قوله على الغير وهذا موجود في الشهادة واما
الحكم فهو ان كل ما في هذه الولاية ينافي الولاية الاخرى كالرق
والكفر وما قدح في احديهما قدح في الاخرى كالا نوثه
والجواب من وجهين احدهما انا لا نسلم ان الشهاده
ولاية بل حقيقة الشهادة خبر عما مضى وقولهم انها تنفيذ
قوله على الغير قلنا ليس قوله منفذا انما هو مظهر والنفاذ
حكم الشرع ويدل على صحة ذلك ان الولاية تفتقر الى لفظ
وهذا يشهد من الشاهد على الامام المعظم فان الولاية من
هذا بل حقيقة الولاية جانب في الحال والشهادة خبر عما مضى
فلا يلتقيان الثاني ان المسلم تقبل شهادته على الكافر ولا ولاية
للمسلم على الكافر فان المسلم لا يلي امة الذمي بل الكافر

في الولاية بعضهم على بعض فان قالوا الفسق كما ينافي الشهادة
ينافي الولاية عندكم وقد قال الشافعي رضي الله عنه ولي
الكافر كافر قلنا هذا مأول ومعناه ترك التعرض لهم والاعراض
عما يفعلونه صفحا كما قال تعالى نوله ما تولى ونصله جهنم
اي نصرف عنه فيصلى جهنم كذلك نولي الكفار اي نتركهم
ولا نتعرض لهم لا ان لهم ولاية فان قالوا فيلزم على هذا ان يكون
انكحتهم باطلة وقد قال صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من
سفاح قلنا انما نقرهم عليها ولا نتعرض لهم لا بصحة ولا باثبات
ولا تثبت الولاية شرطا في حقهم ولا الشهادة انما الذمي اذا
زوج ابنته من مسلم فنقول لا ولاية له في تزويج ابنته فان
قالوا كيف يقبلون شهادة اهل البدع والاهواء كالخوارج
وغيرهم مع كونهم مخالفين لما هو معلوم في الشرع وقد قال
الشافعي رضي الله عنه واقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية
من الرافضة فانهم يتدينون بالكذب ويشهد بعضهم
لبعض بالزور قلنا كل من حكمنا بكفره فلا تقبل شهادته ومن لا

نحكم بكفرهم ما تقولون انتم هل شهادتهم تقبل على اهل السنة
ام لا ان قلتم تقبل قلنا فهذا هو الفرق فان الكفار لا تقبل شهادتهم
على المسلمين وان قلتم لا تقبل قلنا فهم كالمسلمين مع الكفار
تقبل شهادتهم على الكفار ولا تقبل شهادة الكفار على المسلمين فقد
ظهر الفرق واندفع الالزام مسألة القضاء بالشاهد ويمين
المدعي جائز عندنا في الاموال وما يقصد منه المال اما المال فكالقرض
والدين وقضاء الدين والغصب واداء مال الكتابة وما اشبه ذلك
وما المقصود منه المال كالبيع والصلح والرهن والاجارة وجناية
الخطا والعقد الموجب للمال والاحالة والاقالة والخيار ونحو ذلك
فكل هذا الحكم فيه بشاهد ويمين وما عدا ذلك من النكاح والطلاق
والخلع والرجعة وجناية العمد الموجبة للقود والوصية والوكالة
وغيره وعدد ذلك فلا يحكم في شيء منها بشاهد ويمين وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا يجوز القضاء بالشاهد واليمين اصلا والمسألة من
جانبنا خبرية لا مطمع للقياس فيها ومستند الشافعي فيها
الاحاديث المستفيضة البالغة رتبة التواتر في الوضوح

منها ما رواه امام دار الهجره مالك في موطاه عن سهيل ابن
ابي صالح عن ابيه عن ابي هريره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى
بشاهد واحد ويمين الطالب وروي على ابن ابي طالب كرم
الله وجهه انه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر
بشاهد ويمين وروي ان الزبير ادعى على رجل حقا فانكر
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم شاهداك او يمينه فقال
يشهد لي سمره ابن جندب وفلان فشهد فلان ولم يشهد
سمره فقال له النبي صلى الله عليه وسلم احلف مع شاهدك فقال
نعم فحلف فقضى له وروى عن عمرو بن دينار عن عكرمه عن
ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد
قال عمرو ذلك في الاموال فهذه الاخبار كلها متطابقه
متناطقه داله على العمل بما قلناه ورويها الصحه عشر نفسا
من الصحابه منهم الخلفا الراشدين رضوان الله عليهم اجمعين ومنهم
ابن عباس وابي ابن كعب ومعاذ ابن جبل وجابر ابن عبد الله
والزبير وابو هريره وعباده بن الصامت والبرا ابن العازب

وفقها المدينه السبعه وهم سعيد ابن المسيب وسليمان ابن
يسار وخارجه بن زيد وعروه بن الزبير وابو سلمه بن عبد الر حمن
وابان بن عثمان وقبيصه بن ذويب وهذا دليل اشتهار
هذه الاخبار واستفاضتها واجماع الصحابه على العمل
بها ثم كل هذه اخبار عن فعله واحده وقضيه واحده لا يمكن
ادعا العموم فيها وانما يحمل على موضع واحد فكان اولى
المواضع الحمل عليه ما فسره الراوي وهو انه روي في حديث عمرو
بن دينار عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين
مع الشاهد قال عمرو ذلك في الاموال ولان الاموال تبع
ويكثر وامرها اخف من غيرها لانه يحكم فيها بشاهدين شا هد
وامراتين واليد ايضا تخفف امرها فجاز ان يحكم فيها بشاهد ويمين
دون غيرها وللحنفيه على الحديث شبه احدها اولها قالوا
لو ان هذا الحديث صحيحا لاخرجه مسلم والبخاري في صحيحيهما
فلما لم يخرجه الشيخان دل على ضعفه الثاني قال يحيى بن معين
لم يصح في الشاهد واليمين حديث الثالث رواه سهيل ابن

ابن ابي صالح وهو ضعيف لانه كان يقول حدثني ربيعه
عن ابي حدثته الرابع قالوا هذا خبر واحد فيما تعم به البلوى
فلا يقبل الخامس انه معارض لحديث مجمع على صحته وهو
قوله صلى الله عليه وسلم البينه على المدعي واليمين على من انكر
وانتم تجعلونه على من يدعي السادس ان الله تعالى ذكر
مراتب البينات اعلاها وادناها ومن رجلا وامراتين
ادنى مراتب الشهاده واذا شرعتم الشاهد واليمين
فقد نسختم الكتاب بخبر الواحد وذلك لا يجوز والجواب
عن الاول ان الشيخين لم يخرجا جميع الصحاح وانما خرجا
ما وقع اليهما وقد خرج بعدهما جماعه على شرطهما
كسنن النسائي وسنن الترمذي وسنن ابي داود وغيرها
وايضا فان كان الشيخان ما ذكراه فقد ذكره مالك في موطا
وهو اقدم واول من دون الاخبار وسمي الموطا لانه تواطى
على صحته اهل المدينه وعلماوها وعن الثاني ان الطعن
المذكور لم يصح عن يحيى بن معين ولو صح لم يكن فيه

لانه ان لم يصح عنه فقد صح عند غيره وليس هذا مما يمكن
ان يطعن فيه يحيى لانه يرويه عظما الصحابه وعن الثالث انه
لا يوجب قدحا لان سهيلا ما حفظه في اخر عمره فنسي ما
رواه فكان يرجع الى نفسه عن تلامذته فيروي عنهم والنسيان
متطرق الى الانسان على انه قد روي عن ابي هريره من
غير هذا الطريق فقد رواه ابو الزناد عن الاعرج عن ابي
هريره فاندفع السوال وعن الرابع قلنا ليس هذا خبر واحد
بل هو في استفاضته واشتهاره يجري مجرى التواتر
الثاني انا لا نسلم ان ذلك تعم به البلوى بل قد تمضي
عصور ودهور ولا يقع ذلك ولا يقضي به الثالث انكم
ناقضتم في ذلك فعملتم بخبر الواحد فيما تعم به البلوى
في الوتر والاضحيه وتثنيه الاقامه ولا شي اظهر من هذا
ولا اشهر وعن الخامس ان المراد بالحديث ان هذا القدر د
هو الذي يقتصر عليه في حق كل واحد ولا يقنع عنه
دون ذلك فاما ان لا يقبل شاهدا مع عدم البينه

فليس فيه ما يدل على ذلك ويدل عليه ان القضا بالنكول
والشاهد والمراس ما ذكره والقضا به جايز واما قول اليمين
على من انكر اراد به نفى النفى اما بين الاثبات فهى للمدعى فان قيل
العموم منعنا وقلنا الالف واللام للمعهود السابق فها هنا
والمعهود السابق هو اليمين المعتاده في الاعم الاغلب للنفى
ولما قلنا نعم عليه البينه وعن الشاهد [illegible] ان مراد الله تعالى
ذكر البينات التي تستقل بانفسها فاما ما لا يكون حجه الا
مضافه غيرها فلم يذكر ولم يقصد بيان المزدوجات والمركبه
من جنسين او نقول ذلك بيان حجه هى شهاده وما ليس فيه
حجه هى شهاده وعن هذه الحجه عنى ذلك فالحديث ادن
عن ناسخ للايه فان قالوا فلم لم تقضوا به في الحدود والقصاص
قلنا لان الحديث ورد في الاموال فلا تبعا مورد النص لتكون
المسله لبينت قالته مسله شهود الطلاق
اذا رجعوا وجب عليهم الضمان عندنا وصورة المسله
ما اذا شهدوا عليه بطلاق زوجته ففرق الحاكم بينهما

ثم رجعوا وان كان ذلك بعد الدخول غرموا مهر المثل للزوج
وان كان قبل الدخول ففيه قولان احدهما انه يرجع عليهم
بنصف المهر وهو القدر الذي غرم للزوجه والثانى
وهو الاصح انه يرجع عليهم بكمال المهر لان ملك الزوج على
البضع قبل الدخول يميز له ملكه عليه بعد الدخول بدليل
ما لو خالع زوجته على عوض فاسد قبل الدخول فانه يستحق
عليها كمال مهر المثل كما لو فعل ذلك بعد الدخول وقال
ابو حنيفه رحمة الله لا غرم عليهم بعد الدخول اصلا ويلزمهم
نصف المسمى قبل الدخول ومأخذ النظر فيها ان منافع
البضع لها ماليه متقومه عندنا وعندهم غير متقومه
النظر الى ذاتها ولا ماليتها فلا يمكن ان نغرموا المال
في مقابله ما ليس بمال ومعول دليل ما لنا احكام خمسه
احدها المفسده بضمن المرضعه للنكاح الثانى اخذ
العوض عنها في الخلع الثالث وجوب المهر في النكاح ووطي
الشبهه والطلاق قبل الدخول فان قالوا الدليل على انها

لبيت بمال وصاحب الارواح الابعد صاحب
مال في العادة ومن تزوج لا يقال حصل مالا وانما بذلها الشرع
بالمال في المسايل المذكوره احتراما وتشريفا وتعظيما لشان
البضع كما قابل الحر بالمال وان كان لا يقوم لانه ليس بمال لان وجب
المال صيانة عن الاهدار واذا بطل كونه مالا بطل ايجاب
الضمان في مقابلته كما في اتلاف الخمور المحترمه وجلود
الميتات وغيرها فان حقيقتها فيها ومع ذلك لم يضمن بالحل
والاتلاف قلنا ان ما زعمتم في تسميتها مالا ولا ما قسم
فيه ولا غرض في هذا الاسم لكنا نقول هي متقومه مقصوده
مطلوبه وهذا هو مناط الرغبات ومتعلق الحاجات
ولا يمكن تحصيلها الا بمال فكانت متقومه والضمان
في الاصل انما يجب دفعا للضرر وقد تحقق هاهنا
ومهر المثل طريق الى دفعه فليجب فان قالوا اما هو في مقابله
المال قد استوفاه الزوج وهي الوطيه الواحده وما بقي
من الوطيات ليس مقابلا بالمال فكيف يقال قد احالوا

بينه ومن ما هو مقابل بالمال الفقه فيه هو ان الملك بالنكاح
ملك ضروري ولهذا لا يقبل النقل والاعتياض وانما
يظهر اثره في الاستيفا فيملك الزوج قدر ما استوفاه
من المنفعه اما غير المستوفى فلا يدخل في ملكه ولا يظهر
اثر الملك فيه بل هو على ملك الزوجيه والذي يدل عليه
انها لو وطيت بشبهه في نكاحه فان المهر يصرف اليها
ولو كانت المنافع حقا له مطلقا لوجب الضمان له لا لها
قلنا ان القياس يقتضي ان لا يقابل وطيه واحده بالمهر
جميعه غير انه يتعذر توزيعه على الوطيات ولم يمكن تعطيل
الوطيات عن المهر قلنا عند التوزيع وتعذر التعطيل
جعلناه في مقابله الواحده على خلاف القياس فقد صار
القياس ان المهر في مقابله جميع الوطيات فقد فوتها عليه
متقوما مقصودا يستحق فيه في مستقبل الزمان فان
قالوا وهو ما حدهم ضمان العدوان يعتمد المماثله ولا مماثله
بينه من منافع البضع وما يوجبونه من الدراهم والدنانير

قلنا المماثلة معتبرة صورة ام معنى الاول ممنوع وهو على عكسه اجماعا فانا نضمن الابل بالدراهم مع انتفا المماثلة من حيث الصورة والثاني مسلم ولكن وجد فانهما متساويان في العموم والملك ثم هو باطل بصور الحر فانه مضمون بالمال مع انه ليس مثلا للمال فان قالوا ما ذكرتم من تفويت البضع على الزوج يبطل باحكام ثلثة احدها المراة اذا ارتدت بعد المسيس فانها فوتت البضع ثم لا تضمن اجماعا الثاني ما اذا قتلها اجنبي لا يضمن المهر مع وجود الحيلولة بالقتل الثالث لو وطيها واطي بالشبهة فانه لا يضمن حق الزوج مع كونه مفوتا للبضع والمعنى اذا ظهر العاوره امتنع ثبات الحكم عليه قلنا اما المراة اذا ارتدت فانما لم تضمن لان بالردة ارتفع السبب المفيد للاستحقاق فحصلت البينونة بعد ارتفاع السبب اما فيما نحن فيه فقد حصل الحيلولة بينه وبين الناوي مع قيام السبب وبقايه فان قالوا بل في مسئلتنا ايضا اذا استشهدوا بالطلاق

وحكم الحاكم فقد حصل ارتفاع للسبب لان عندنا وان كانوا شهود زور يحكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا قلنا لا نسلم بل المعتمد عندنا ما ارتفع وهي في الباطن زوجته والمسئلة مبنية على هذا الاصل وقد دللنا عليه في تلك المسئلة فرفع ماخذ المسئلة وترها الى هذا الاصل وهو ان القضا بشهادة الزور هل ينفذ باطنا حتى يرفع السبب ويلحق مسئلتنا بمسئلة الردة والقتل او لا ينفذ باطنا حتى يكون للحيولة الحاصلة بشهادة الشهود مع قيام السبب المبيح في حق الزوج فافهم ذلك ثم الفرق المعنوي بين مسئلتنا والمسايل المذكورة ان القتل والردة لا يقصد بهما رفع الطلاق بل يقصد بالقتل ارهاق الزوح وبالردة امر اخر يحصل فوات منافع البضع اتفاقا فلم يضمن كالمحرم اذا افطر بدنه فانه لا يجب عليه ضمان للشعر وان كان قد فوته لما حصل الفوات ضمنا لا مقصودا اما بالشبهة فقد سبق الجواب عنه والله اعلم

مسايل العتق مسئله لا يعتق بالقرابة غير
الوالدين والمولودين عندنا وهم الاباء والامهات والاجداد
والجدات والاولاد واولاد الاولاد قربا كان او
بعيدًا او وارثًا او غير وارث يقع عليه اسم الولد حقيقة
او مجازًا فانه اذا ملكه عتق عليه وقال ابو حنيفة
رحمه الله كل من كان ذو رحم محرم بالنسب فانه يعتق
بالملك فيدخل فيه الاخوة والاخوات واولادهم
والاعمام والعمات والاخوال والخالات ويخرج منه
اولاد الاخوال واولاد الخالات واولاد الاعمام واولاد
العمات ومأخذ النظر فيها الفرق والجمع وذلك ان الذي
يقتضيه القياس الكلي والاصل الجلي ان لا يعتق شخص على
شخص بحال لان المقصود من الملك الاستمرار والدوام
واستثمار الفوائد واستنتاج المقاصد والعتق يقطع
ذلك غير ان الشرع استثنى من هذا الاصل عتق الوالدين
والمولودين اما الوالدين فبقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي

ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه واما المولودين
فبقوله تعالى وقالوا اتخذ الرحمن ولدا سبحانه بل عباد مكرمون
وقوله وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات
والارض الا اتي الرحمن عبدا نفى تعالى الولادة عن نفسه
واثبت العبودية فثبت ان الولادة والعبودية لا يجتمعان
ولان الولد جزء من ابيه فانه مخلوق من ماء الرجل والمرأة
فهو يجري مجرى نفسه فقد ثبت ان من ملك نفسه
بان كان عبدًا فاشترى نفسه من سيده عتق كذلك اذا
ملك من يجري مجرى نفسه وهو جزؤه اذا ثبت هذا
فنقول السر انما يلحق الشي اذا شاركه في المعنى وساواه
فلا يفارقه الا فيما لا اثر له وقد راينا الشرع خصص
قرابة البعضية باحكام ومزايا وخصائص وقضايا لا
تلفى في غيرها منها ان المكاتب لو اشترى اخاه لا يتكاتب
عليه ولو اشترى اباه تكاتب عليه ومنها رد شهادة
بعضهم لبعض بخلاف قرابة الرحم ومنها تحريم صرف

الزكوة ووجوب النفقة مع اختلاف الدين وتحريم حليلة
احدهما على الاخر بنص القران فان ذلك كله يخص
الاصول دون الفروع وبعد ظهور هذه الفوارق لا يتجاسر
على الحاق عمودهم بعمود الابد ليل فان قالوا النص قد ورد في
الاب وغيرهم قال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم عتق
عليه قلنا لو صح الحديث لكنا اول قائل به لكن يرويه الحسن بن
عمار عن سمرة ولم يسمع الحسن عن سمرة الا ثلثة احاديث
ليس هذا واحدا منها ونقل انه لو لم يسمع منه الا حديث العقيقة
وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل رهين بعقيقته يذبح يوم سابعه
ويحلق ويسمى فان قالوا الشرع ورد باعتاق الوالد ومعلوم
ان الوالد اختص باحكام غير موجودة في حق الابن من الولاية
عليه وانتفا القصاص عنه بسبب ولده وبالرجوع في الهبة
وغير ذلك الولاية وقلتم شرا الوالد ولده كشرا الولد والده
فلما لم تلحق الابن بالاب قياسا بل استفدنا عتق الولد من النص
والاجماع اما النص فما بيناه واما الاجماع فقد اتفقت

الامة على ان قرابة البعضية تعم الاصول والفروع في اقتضا
العتق والاجماع حجة قاطعة يرجع اليها سوا عقل المعنى
الذي استند اليه الاجماع او لم يعقل ومعلوم انا نقطع القيا س
بخبر الواحد والمظنون فبالاجماع اولى فان قالوا اليس
الشرع ورد بسراية العتق في العبد المشترك ثم الحقتم به
الامة وان كان سراية العتق على خلاف القياس قلنا
لان العبد والامة لا يفترقان فان الالتفات الى الذكورة والانوثة
وهذا مما لا اثر له في الحكم اذ لا يسبق الى فهم ذي فهم فرق
بين الامة والعبد في السراية اما هاهنا بين قرابة البعضية
وقرابة غير البعضية بون واختصاص باحكام كثيرة يدل
على قطع احدهما عن الاخرى على ما بيناه فلا يمكن الحاقها
بها فان قالوا الكلام ابدا في بد الشرع فصلا ان هذه القرابة عن
الابتذال باهون المكلفين وادونها فانه حرم الملاحة
بسببها لما في ذلك من الابتذال والاعراض وكونه رقا لمستحقها
بالرق الحقيقي واذا امتنع عن الابتذال باهون المكلفين

واضعفهما فلان تصار علي الملكين اولي والجواب
من وجهين احدهما منع المعني الذي ادعاه فان النكاح
علي الحقيقه وصله وصله وفيه صيانتها وستر عورتها
والتكفل بمونتها ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ثم باطل
من اصل ابي حنيفه فان عنده يجوز الاحكام علي الصغيره
اليتيمه وارفاقها بالنكاح وتقول النكاح من المصالح وفيه
جلب منفعتها وتحصيل الكفو الراغب وعرف ذلك الثاني
ان ذلك ينتقض بالرضاع فانه يحرم النكاح ولا يمنع من
الاستدلال بملك اليمين وقد منع الادني وما منع الا
علي وكذلك عنده يجوز شرا الكافر العبد المسلم ولا يتزوج
الكافر مسلمه فان قالوا فما ذي تعلل تحريم النكاح قلنا
الصحيح انه غير معلل وان عللنا فيما اشار اليه صاحب
الشرع قال صلى الله عليه وسلم اعربوا ولا معناه
ان في القرابه الفه واستنداميه عشره وخلطه دايمه
لغير البهوه وتعلل الداوا عي فيظهر الله الولد نصوا صلا

فامر بالاعراب لهذا المعنى وهو نفوته الولاد الماذكر وه
من الاستدلال مسلنه اذا قال لعبده الذي هو
اكبر سنا منه انت ولدي او لعبده الذي هو اصغر سنا
منه هذا ابي لم يعتق وقال ابو حنيفه يعتق ولا يثبت
نسبه وماخذ النظر فيها ان المجاز عندنا خلف عن الحقيقه
في الحكم فلا بد من تصور الحقيقه في نفسها وعند ابي حنيفه
رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقه في التكلم والنطق
لا في الحكم بل المجاز اصل بنفسه وزعم ان اللفظ اذا وجد
وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين صار مستعارا
بحكمه لغيرنيه كما قال في النكاح بلفظ الهبه والدليل
علي صحه ما ذهبنا اليه ان نقول الاصل بالاحكام علي
الكتاب اللغويه دون الالفاظ عبرا ان المجاز اقيم مقام
الحقيقه لقربه منها اتساعا في النطق وشرط ثبوت
الحكم في الخلف امكان ثبوته في الاصل واحتج الخصم
بان صحه التكلم والنطق لا يتوقف علي احتمال الحكم بدليل

مالو قال لزوجته انت طالق الفا الا تسعمايه وتسعه وتسعين
فانه يقع عليها طلقه وان كنا نعلم ان ايقاع ما زاد على
الثلث من طريق الحكم غير ممكن لكن لما كان من حيث
التكلم صحيحا صح اذا ثبت هذا قالوا البنوه سبب
للعتق والتعبير بالسبب عن المسبب احدى جهات
المجاز فكان قوله انت ابني كقوله عتقت على حين
ملكتك نعم كون البنوه سببا للعتق متلقى من الشرع
كما ان كون السحاب سببا للمطر متلقى من دليل العقل
وكون المسيس سببا للوطي ماخوذ من العرف لكن بعد
ان ثبت السببيه من سبيل تلقينا من اطلاق اللسان
التعبير بالسبب عن المسبب قالوا ولا نسلم ان البنوه
لم تثبت حقيقه ثبت حكما للبنوه اذ لو كان كذلك
لكان حقيقه لا مجازا لكنا جعلناه بذكر السبب دالا
للمسبب محصل العتق بلفظه لا من استعار لفظا
عن موضوعه فالمذكور حكما هو المستعار دون اللفظ

فيتعين المصير اليه صونا لكلام العاقل المكلف عن الالغا.
فانه واجب بقدر الامكان والجواب قولهم
انا نعتبر اللفظ بطريق المجاز كلاما لا حاصل له لان العتق
حكم البنوه شرعا لا لغه والمعاني اللغويه لا تعرف بالاحكام
الشرعيه لان اللغه سابقه والشرعيه لاحقه ويستحيل
طلب اللغه السابقه من غير الشريعه اللاحقه فان قالوا
هو جائز ان يعين في الجمله ويعبر عنه قلنا مسلم ولكن
من دليل القصد والغايه وهذا لا نسلم ان الرجل اذا حل
اذا قال لعبده انت ابني وقصد به العتق كان كنايه
صحيحه ولو فسر كلامه هاهنا قبل وانما النزاع فيما
اذا اطلق ولم ينو او نوى الحقيقه واما مسله الطلاق
فلم نصح استثنا الطلقه من الالف وانما صح استثنا
الطلقه من ثلثه وقوله فيما زاد على الثلث هذيان ولغو
فلس قالوا اليس حكم ما اذا قال الحروف النسب هو اي
فانه يعين عليه وان لم يثبت نسبه منه قلنا تمنع

على احد الوجهين ونقول لا يصلح العتق ايضا وعلى التسليم
نقول الفرق بينهما ان هاهنا اقر بما هو ممكن لان الانسان
يقع فيها الاشتباه بمولود يشتهر بالنسبة الى
شخص وفي علم الله من اخر فاذا قال هذا ابني يمكن ان
يكون منه فما اقر بما يقطع ببطلانه بخلاف ما نحن فيه
فانه اقر بما يقطع ببطلانه قطعا **مسئلة** اذا اعتق
شقصا له في مملوك فان كان موسرا سرى الى نصيب
شريكه وغرم له القيمة وان كان معسرا نفذ العتق في
نصيبه ولا يسري الى نصيب شريكه بل يبقى على حكم
الرق لا يختلف القول فيه ومتى يحكم بسرايته في صورة
الموسر فيه ثلاثة اقوال احدها ان يسري بنفس اللفظ
والثاني يسري بدفع القيمة والثالث انه يكون موقوفا
فان دفع القيمة تبينا انه عتق من حين اللفظ وان لم
يدفع تبينا انه لم يعتق قال ابو حنيفة رحمه
الله العتق لا يسري بحال موسرا كان المعتق او معسرا

وانما يستحق اعتاق النصيب الاخر فان كان المعتق معسرا
كان شريكه بالخيار من ان يعتق نصيب نفسه ويكون الولاء
بينهما وبين ان يستسعيه في قيمة نصيبه فيجب عليه
ان يسعى ويكتسب ليخلص نفسه فاذا اداها اليه عتق
وان كان موسرا كان شريكه مخيرا بين ما ذكرناه
وبين ان يغرم شريكه المعتق قيمة نصيبه فيكون جميع
ولائه لشريكه ويرجع شريكه بما غرمه في سعاية العبد
فيستسعيه وهكذا اذا اعتق شقصا من عبد نفسه
فان السيد يستسعي العبد في باقي قيمته عنده وجملة
الامر ان النزاع بيننا وبينهم في ثلثة فصول احدها
اثبات اصل السراية الثاني ابطال اصل السعاية اثباتا
التفرقة بين الموسر والمعسر في السراية وماخذ النظر
في الفصول الثلاثة ان العتق هل يقبل التجزي ام لا
فعندنا يتجزى وعندهم لا يتجزى ولا يتصور نفوذ العتق
في البعض دون البعض والدليل على صحة ما ذهبنا

البيّ النص والمعنى اما النص فما اخرجه الشيخان البخاري
ومسلم في صحيحيهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من اعتق شركا في عبد فان كان موسرا فعليه خلاصه والا
فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق وفي لفظ اخر
فان كان معه وفا قيمته قوم عليه والا فقد عتق منه ما عتق
ورق منه ما رق فالحديث نص في تجزء العتق والتفرقة
بين الموسر والمعسر وساق دليل على نفي الاستسعا
وليس لهم على الحديث كلام سوى انهم عارضوا بما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق شركا في عبد استسعي
العبد غير مشقوق عليه والجواب من وجهين احدها
ان لفظ السعايه لم يصح بل تفرد به سعيد بن ابي عروبه
عن قتاده وانما طا من اصحاب قتاده كهشام الدستوائي
وشعبه وغيرهما لم يرووه الثاني انا نحمله على السعايه
برضاه ودليل هذا التاويل قوله غير مشقوق عليه وعندهم
يستسعي شق عليه اولم يشق واما الدليل على ان العتق لا

للتجزي هو ان العتق عبارة عن ازالة الملك والملك قابل
للتجزي بدليل ما لو باع بعض العبد فانه يصح واذا كان قابلا
للتجزي في الثبوت كان قابلا للتجزي في الازاله بدليل شهاده
الطرد والعكس فان قالوا الدليل على ان الرق لا يتجزى ثبوتا
هو لو ان الامام اراد ضرب الرق على بعضه فانه لا يصح
واذا لم يتجزى ثبوتا فلا يتجزى زوالا الثاني ان تبعيض الرق
يودي الى تضاد الاحكام وتناقضها فان الحريه تقتضي
ان يكون شاهدا والرق يقتضي ان لا يكون وكذلك الولايات
وساير الاحكام الثالث ان الرق ضعف والعتق
قوة والضعف والقوة لا يجتمعان والجواب قولهم
ان الامام لو اراد ضرب الرق على بعضه لا يصح قلنا
لا نسلم بل يجري اذا راى الامام ذلك واما افضاوه الى
تناقض الاحكام فهو ممنوع ايضا فان الاحكام المختصه بكمال
الحريه لا تثبت عندنا ما لم يكمل كالشهاده والولايه وانما
يثبت ما لا يفتقر الى كمال الكمال كالبيع والشرا

والتصرفات المالية ولا نملك ذلك عندنا لكونه محجورا بل لكونه
ادميا وانما امتنع ان يملك ذلك اذا اذن فيه محافظة على حق
السيد ولو اذن له ملك وكذا الوكالة واما الدليل على ابطال
السعاية من حيث المعنى هو ان اجبار العبد على تحصيل
مال الغاقة مما لا نظير له في الاصول ولا يدل عليه معنى
معقول لان هذا العبد لم يباشر العتق ولم يتسبب
اليه والاصل في الضمانات كلها العتق والاتلاف وغيره
ان يجب الضمان على من باشر او تسبب والمباشر والمتسبب
هو المعتق فينبغي ان يجب الضمان على العبد لانه احتبس
حق الغير عنده وصار بمنزلة ما لو طارت الريح ثوبا
الى اجانة صباغ فانصبغ الثوب فانه يجب ضمان الصبغ
على صاحب الثوب ولم يباشر ولم يتسبب لاحتباس
حق الغير عنده كذلك العبد المعتق قلنا عنه جوابان
احدهما منع الاحتباس فانه متمكن من البيع والهبة
وغيرهما من التصرفات ويمكنه الانتفاع بالبعض

التابع بظهور الهايات كما قبل العتق الثاني ان هذا الاحتباس
امر شرعي لا صنع للعبد فيه فانا وجهوا حدثه به وايجاب
الضمان عليه واما مسئلة الصباغ فممنوعة قال الشافعي
اذا امرك الثوب في موضعه من غير تقصير ولا تفريط فهبت
به الريح الى اجانة صباغ قلنا للصباغ صبغ حلفك وان
سلمناها فنقول هناك جعلناهما شريكين فاذا بيع الثوب
كان قيمة الثوب لصاحبه وزيادة الصبغ للصباغ لان
يوجب على صاحب الثوب شيئا فان قالوا انتم بين امرين
اما ان تقولوا العتق منفصل ولا يتبعض فان لم يتبعض
ويقع في المحل جملة واحدة فينبغي ان لا يفرق في ذلك بين
الموسر والمعسر قلنا هذا الذي ذكرتموه هو القياس وطالما
تركنا القول بالقياس يقتضي ان لا يسري العتق
من محل الى محل ولا يتعدى تصرف الانسان محل ملكه
عدانا شرينا العتق لما من جهة الشرع للحديث الذي
رويناه. مسئلة بيع المدبر جائز عندنا خلافا

مطلقا لان التدبير او مقيدا وقال ابو حنيفه رحمه
الله التدبير المطلق يمنع البيع وهو ان يقول ان مت
من مرضي هذا فانت حر واما التدبير المقيد فلا
يمنع البيع وهو ان يقول ان مت من مرضي هذا فانت
حر اصلا ولا خلاف في ان المعلق عتقه بصفه لا يمتنع
بيعه وان الدليل دال ان يمتنع في جميع التركه بيع
المدبر في قضاء دينه ولا خلاف ايضا في انه يعتبر خروجه
من الثلث حتى لو دبر في حال الصحه ومرض ومات
لا يعتق الا ان يخرج من الثلث واعلم ان المسله لنا كلا
نصا ومعنى لا متعلق للخصم فيها اما معنى فلان المدبر
لا يخلوا اما ان يكون قد استحق العتق في الحال فهو تعليق
عتق بصفه لانه اسقاط مضاف الى ما بعد الموت
اذ لا فرق بين قوله انت حر بعد موتي وبين قوله انت
حر بعد طلوع الشمس وذلك غير مانع من البيع وفاقا
سوا كانت الصفه متحققه الوجود لطلوع الشمس او

او متوقعه الوجود كقدوم زيد ونزول غيث وان
قالوا قد استحق العتق في الحال فهو محال بدليل انه لا يعتق
حتى يخرج من الثلث ويخلص من الدين ولو كان قد
استحق العتق في الحال لعتق بكل حال كام الولد وحامل
الاماء ان التدبير لا يعدوا ولا يخلو حاله ان يكون بمنزله
التعليق بصفه او بمنزله الوصيه بالعتق وكلاهما غير
مانع من البيع فانه لو قال اوصيت بعتقه فاعتقوه
بعد موتي لا يمتنع بيعه في الحال وان قالوا هو ما حكم
التدبير عندنا وصيه غير ان الوصيه ايجاب خلافه
بعد الموت فكانه اقامه مقامه في الحريه والايجاب على
قدر الموجب فان كان الموجب مما يقبل الفسخ كان الايجاب
ايضا كذلك لا يقبل الفسخ وما نحن فيه عقد عتاقه
وذلك لا يقبل الفسخ فكان الايجاب على قدره لا يقبل
الفسخ ونظيره الاستيلاد في متعلق الباب قلنا
دليل قبوله للفسخ اعتبار خروجه من الثلث وبطلانه صحه

من الدين قالوا التدبير عقد عتاقه مطلق يسمى به
العتق بموت السيد على الاطلاق فاشبه الاستيلاد
قلنا لا نسلم الاطلاق بل هو موقوف على خروجه من الثلث
وخلاصة من الدين ثبت بذلك ان لا متعلق للخصم
في هذه المسأله من حيث المعنى واما بيان ان لا متعلق
له في الخبر لمن حيث النص فما رواه ابو عيسى الترمذي
عن ابي عمر عن سفيان عن عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله
ان رجلا من الانصار يقال له ابو مذكور كان له قبطي
قد دبره فمات فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فباعه فاشتراه
نعيم بن النحام وقال عليه السلام اذا كان احدكم
فقيرا فليبدا بنفسه فان كان معه فضل فعلى عياله فان
كان له فضل فليتصدق على غيرهم قال الترمذي
هذا حديث صحيح **مسالة الكتابة** قال الشافعي
رضي الله عنه صارت هذه الصيغه لاحقه بالعقد
اخذا من ثبت الكتاب له ما لمتهم يقال عقد كتابه

وانما سمي نجوم الكتابه نجوما لان العرب في جاهليتها ما كانت
تعرف الحساب وكانوا يوجلون ما يوجلونه بنجوم الانواء
فيقول محله طلوع الثريا مثلا وهي مستحبه غير واجبه
لان الله امر بها بعد خطرها فافادالاباحه دون
الوجوب وذهب داود واهل الظاهر الى ايجابها،
واجبه اذا دعي العبد سيده الى كتابته على قيمته
تاما على اقل منها فلا يجب وحقيقتها عقد مشتمل
على معاوضه وتعليق حتى لو قال كاتبتك على كذا اولم
يقل اذا اديت فانت حر لا تصح عند الشافعي غير ان
المغلب في الصحيحه حكم المعاوضه بدلاله ان المعاوضه
لا بد من ذكرها وبيان قدر العوض منها واما الصفه
فلو لم يكن بد من ذكرها كالعوض والمغلب في الفاسده
حكم التعليق على ما سياتي **مسله** من شروط
الكتابه الصحيحه ان يكون منجمه فلا يصح الكتابه الحاله عند
الشافعي رحمه الله وقال ابو حنيفه رحمه الله

وما خلى النظر من جانبنا الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
ومن بعدهم من علما الامصار رضوان الله عليهم اجمعين
ومن بعدهم من علما الامصار وفقها الامصار وذلك
انكم لا تبلغوا عددهم وحرصوا عليه ونقل عنهم ذلك نقلا
مستفيضا ولم ينقل عن احد منهم انه كانت كتابته حالة
ولو كان كذلك لما ان وجه جوازه لما خلت الامصار عن نقل
واحد مع توفر عددهم وكثرتها منهم حتى انه لكثرة ما ورد
عنهم الكتابة اعتقد بعض العلما انها واجبة وهو مالك حتى
قال اذا لم يكاتب عبده مع بوسم الخير فيه كاتبه الحاكم
ثم لا يلحق التاجيل عندنا بل لا بد من التنجيم واقله نجمان
فصاعدا لان اقل من كانت على نجمين هكذا رواه عثمان
عن عثمان انه قال لعبده لما الح عليه في طلب الكتابة والله
لاضيقن عليك ولاكاتبنك على نجمين لو كانت الكتابة
على حكم اقل لذكر عثمان عند غضبه وقصده عقوبة
عبده واذا ثبت وروده عن الاول ليس كذلك قالوا

٢٠٢

حسب علينا ان يبيع ولا يتبلغ فان قالوا فنحن نلحق الحالة
بها ونقيسها عليها قلنا هذا باطل فان الكتابة عقد شرع
على خلاف القياس المقتبس من المعاوضات فانه عقد
على ملكه بملكه وعاوض ماله بماله فان الرقبة له والمال
ومعلوم ان معاملة الانسان مع ماله مما لا يقتضيه القياس
واذا وردت على خلاف القياس على وجه معين وهو التنجيم
فاطراح ذلك الوجه كاطراح الاصل والسر فيه هو ان
الاصل فيها شرع رخصة وارفاقا من حيث انه عقد معاوضة
فان بها العجز عن تسليم المعقود عليه لانه عبد مملوك لا يقدر
على شيء لا يملك شيئا فهو عاجز في الحال وفي شرعها حالة
اطراح لهذا المعنى بالكلية فان قالوا فالاجل في السلم يقصد
منه الرفق والاستنجاح وقد جوزتموه حالا وفقدا استنظم
المعنى المقصود قلنا عندكم لا يجوز حالا وعندنا السلم بيع
قال الشافعي السلم صنف من البيع والاجارة صنف
من البيع فهو معاوضة على الحقيقة والاصل في المعاوضة

كتابة
س

صه

المقابله هناك وانما جوزنه مع جلاله رفقا فالمعاوضه هناك
هي المقصوده والرفق دخل تبعا وفي الكتابه الرفق هو المقصود
والمعاوضه تبع فافترقا فان قالوا الاسم يتبعون ما ورد
به الشرع فحسب فكيف الحقتم الكتابه الفاسده بالصحيحه
قلنا معاذ الله حتى ما قسنا الفاسده على الصحيح وانما
وقع الاجماع على ان الحكم الفاسد حكم الصحيحه في حصول
العتق ووقع الخلاف في كيفيه العتق وبماذا يحصل فمنهم من
قال يعتق بحكم الصفه ومنهم من قال يعتق بحكم المعاوضه
فاما ان يكون ذلك بطريق القياس فكلا فان قالوا المعنى
الذي ذكرتموه انما عجز عن الثمن والثمن تابع وليس باصل في
العقد وانما ركن العقد هو المثمن والعجز عن التابع لا يوجب
خللا في العقد بدليل المفلس فانه يجوز ان يشتري
في ذمته ما شا كيف شا وهو عاجز عن فلس واحد
وعلى هذا قال ابو حنيفه ان المشتري اذا افلس بالثمن
لا يفسخ العقد والجواب قول هذا غير

صحيح بل الثمن والمثمن كلاهما ركنان مقصودان للعقد وتعذر
كل واحد منهما يوجب فسخ العقد على ما بيناه في مسله افلاس تن
المشتري والذي يبين فقهنا وهو اقرب نظير لما نحن فيه
المكاتب اذا عجز عن ادا النجوم فانه ينفسخ الكتابه وذلك ثمن
وتابع على ما تدعون ثبت بذلك بطلان التعليل بما ذكره
فان قالوا هو ما خذهم المقصود من الكتابه ملك اليد وفك
الحجر ليتمكن من الاكتساب والاستقلال بالنظر لتصرفات
والمعاملات وهذا قد يحصل مع ان يجعل العوض
ولا تنويه من المتعاقدين انما جوزنا تاجيله رفقا وتسهيلا
قلنا لا نسلم بل المقصود من الكتابه عتق الرقبه على ما سياتي
وعتق الرقبه غير مستحق في الحال بل عند اذا النجوم مسئله
اذا مات المكاتب انفسخت الكتابه عندنا ومات رقيقا
على كل حال سوا خلف وفا ولم يخلف وترك اولاده ويسلم
ما كان في يده من المال للمولى وقال ابو حنيفه رحمه
الله ان خلف وفا لم ينفسخ بل يؤدي عنه نجومه ويحكم انه

عتق من اخر جز من اجزا حيوته ويكون ماله لورثته ان كان
مناسب وان لم يكن له مناسب لمولاه وان لم يخلف وفا
وله ولد وان لم يكن له مناسب كان لمولاه وان لم يخلف وفا
ولا ولد انفسخت الكتابه ومات رقيقا ولا خلاف ان
السيد المكاتب اذا مات لا ينفسخ الكتابه بموته وللمسله
ماخذان احدهما ان عقد الكتابه عندنا ليس بلازم
من جهه العبد بل له ان يمتنع من الادا متى شا وهل له
ان يفسخ الكتابه فيه وجهان وعند ابى حنيفه هو لازم
من جهه العبد كما هو لازم من جهه السيد فاذا كان
معه ما يفي بما عليه اجبر على ادائه وليس له الامتناع
ولا يجوز للمولى فسخه الا عند افلاسه الماخذ الثاني
ان المعقود عليه في عقد الكتابه عندنا رقبه العبد المكاتب
وقد مات ان بطل له وعندهم ملك اليد وفك الحجر
عنه ليتمكن من الاكتساب والدليل على صحه ما ذهبنا
اليه امور منها اضافتنا العقد الى ذاته فانه يقول كاتبتك

ومحل العقد ومورده ما يضاف العقد اليه الثاني
زوال الملك عن الرقبه باداء النجوم الثالث الرجوع
الى قيمتها عند فساد العقد وهذا لان المعقود عليه
في كل عقد ما يضاف اليه عند فساده ومن المعلوم ان في
الكتابه الفاسده اذا حصل العتق رجع الى قيمه رقبته
لا الى قيمه اكسابه واذا ثبت ان المعقود عليه هو الرقبه
فاذا فاتت قبل حصول المقصود بطل العقد وارتفع
كهلاك المبيع قبل القبض فان قالوا وهو ما حجتهم الدليل
على ان المعقود عليه ملك اليد وفك الحجر لتحصيل الاكتساب
امران احدهما ان المقصود من كل عقد ما يحصل ذلك
العقد والذي يعقب عقد الكتابه هو ملك اليد فدل
انه المقصود بالعقد الثاني تمكن السيد من المطالبه بالنجوم
في الحال لان العوض انما يستحق على من يسلم له العوض
والمكاتب لم يسلم له نفسه في الحال وحيث استحق عليه
العوض في الحال وطولب به دل ان المعقود عليه ملك

البد وفك الحجر عنه لانه الذي سلم له فكان العوض في مقابلته
والجواب نقول المعلوم من وضع الشرع وقصد
المكاتب ان المقصود من الكتابه هو العتق وما اراد
قط الا بهذا العوض فاما ملك اليد والاكساب انما
ثبت ذريعه ووسيلة لتحصيل هذا المقصود لانه مراد
لنفسه واي فايدة في ذلك في غير زمن تحصل الذريعه
مقصودا والمقصود تابعا وقولهم ان حكم العقد ما تعقبه
ملك اليد دون العتق قلنا لاجل هذا خالفت الكتابه
سائر العقود والمعاوضات لان مقصودها تراخى عنها
وهو العتق وتعقبها ما ليس بمقصود رخصة من
الشرع ليحصل مقصود العتق فاذا قالوا فلا نسلم
ان المقصود قد فات بموت المكاتب اذ يمكننا ان
نعتق بعد الموت ونضيفه الى اخر جزء من
اجزاء حيوته كما لو حفر بيرا في محل عدوان حال حيوته
كما لو ~~قال حفر بيرا في محل عدوان~~ في كما لو نصب شبكة

في حال حيوته فتعلقت بها طيبة بعد موته فانها تدخل في
ملكه بعد الممات مستندا الى حال الحيوة بدليل انه يقضى
منها ديونه وتنفذ وصاياه قلنا نفوذ العتق في الميت
محال لان اثره اما في زوال الملك والرق فان كان مؤثرا
في زوال الملك فالميت ليس محلا للملك فانه جيفة مستحيله
لا مالية لها ولا انتفاع بها وان كان مؤثرا في زوال الرق
فالرق عبارة عن ضعف شرعي في المحل لقبول الملك
ويقدر وجوده فيه لحلول الملك وقد دللنا على استحالة
قبوله للملك فيمتنع تقديره لعدم الحاجة اليه وقولهم نجعل
مستندا الى اخر جزء من اجزاء حيوته قلنا باطل لانه
يلزم من ذلك تقديم الحكم على سببه او تقديم المشروط
على شروطه لان اداء النجوم اما سبب لحصول العتق او
شرط وكل واحد منهما ممتنع فان قالوا نثبته في الحال
ونسنده الى زمان الحيوة قلنا لو كان محلا للحرية بالحيوة
المقدرة لاستقر العتق فيه ولم يستند الى ما تقدم

لان ما صلح للاثبات صلح للابقا اذ لا بقا اسهل من الابتدا
فحيث لم يحكم باستقرار العتق ببقائه دل انه لا يصير محلا
بتقدير الجنون فيه واما مسئلة حفر البير فغير لازمة
لانا لا نقول باسناد الحكم الى حال الجنون بل نقول يجب الضمان
بعد الموت ابتدا فان المضمون قد يكون ممن لم يلحقه في
تلك الحال فان قالوا كيف يجوز ايجاب الضمان ابتدا
بعد الموت قلنا يجوز لان سببه قد وجد كاملا في
حال الحيوة ولا يمكن اضافة الحكم الى تلك الحال واما
مسئلة الطسه عندنا تحصل على ملك الوارث
ابتدا وقضا ديونه وتنفيذ وصاياه منها لا ينافي
ذلك فان الصحيح من مذهبنا ان الدين لا يمنع انتقال
التركة الى الورثة بل ينتقل اليهم ثم يقضون الدين عنه
ما كان لهم جميع ما قدروه في دعوى الاسناد
سقط بحلف لا رمى الى احدهما او قتله قاتل وجب
عليه القيمة دون الدية ولو مات حر الضمن بالدية

لا بالقيمة الثاني لو اوصى بشي لغيره ومات لا يصح وصيته
ولو مات حرا الضمن الدية لا بالقيمة الثاني لو اوصى بشي
لغيره ومات لا يصح وصيته ولو مات حرا صحت
وصيته فان قالوا مبنى عقود المعاوضات على التسوية
من المتعاقدين معلوم ان بموت السيد لا يفسخ الكتابة به
فكذلك بموت العبد وتعذر العتق بعد الموت كما هو
موجود في جانب العبد موجود في جانب السيد
فانه قال اذا ادى الى ورثته حرصا في الادا اليه
وقد تعذر ذلك بموته ولم يمتنع ثبوت المشروط بالاجماع ع
قلنا اهلية السيد لم تبطل بموته لان الاهلية تعتبر حال له
انعقاد السبب لا حالة ثبوت الحكم بدليل انه لو علق عتق
عبده على دخول الدار ثم جن ودخل الدار حصل العتق
مع ان السيد ليس اهلا حال ثبوت الحكم اذا ثبت ذلك
فالسيد قد كان اهلا له انعقاد السبب وما بعده
لا عبرة به قلنا لا تنفسخ الكتابة اما المكاتب اذا مات ت

فقد خرج عن كونه محلا للحكم وهو الحرية والحيلة معتبرة
حاله ثبوت الحكم وقد فاتت بالموت فانفسخ العقد لفوات
محله واما التعليق واضافة الاداء اليه فغير مقصود في
نفسه وانما المقصود اسقاط النجوم عن ذمته بدليل
انه لو ابراه عن النجوم عتق وان لم يرد اليه شيئا **مسئلة**
اذا استولد امة الغير بنكاح فالولد رقيق بالاتفاق
فان اشترى الام والولد يوما من الدهر فعند الشافعي
لا تصير ام ولده وقال ابو حنيفة تصير ام ولد
له اما الولد فيعتق عليه لان الابن يعتق على ابيه اجماعا اذا
وطي امة الغير بشبهة فاتت بولد فالولد حر وفاقا
فاذا اشترى الامة هل تصير ام ولد ام لا فيه قولان
للشافعي رضي الله عنه ولو وطي امة زنا فاتت بولد
فالولد رقيق ولو اشتراه الزاني بعد ذلك لا يعتق عليه
عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله يعتق عليه اما
الام المزني بها اذا اشتراها لم تصر ام ولد اجماعا على

واعلم بان الصحيح من مذهبنا ان حرمة الاستيلاد في
الملك وهو موضع الاجماع غير معلل لان هذا الانسان
انتفع بملكه واستمتاعه واحد رقبته وفوائده فالقياس يقتضي
ان يقرر ملكه لا ان يزول او يضعف فلهذا احل وطيها والوطي
لا يحل في ملك متشعث وانما صرنا الى ذلك للنص والاجماع
اما النص فقوله صلى الله عليه وسلم في مارية حين ولدت
ابراهيم اعتقها ولدها واما الاجماع فما روي ان عليا كرم الله
وجهه قال على المنبر كان راي وراي ابي بكر وعمر في امهات
الاولاد ان لا يبعن والان ان يبعن فقام اليه عبيدة السلماني
فقال امير المومنين رايك مع الجماعة احب الينا احب
الينا من رايك وحدك فقال ان الاعوبا السلماني لفقيه
اشارة الى رده الى الاجماع واذا لم يكن معللا وجب الاقتصار
على محل الاجماع وهو الاستيلاد في الملك ومن تشوف
الى التعليل من اصحابنا علل ذلك بحرمة الولد دل عليه انما
قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فانه دل على ان

عتق الام تابع لعتق الولد واذا لم يكن الولد حرا لم تكن هي
حرة فان قالوا وهو ما خطر لهم حرمة الاستيلاد في ذلك
الملك انما تثبت لانه صار بين الواطي والموطوءة اتحاد وبعضية
لانهما عند الوطء بمنزلة الشي الواحد والولد بعض لكل
واحد منهما فان هي بعضية وهو تعصبها الا ان التعصبة
بين الواطي والموطوءة دون التعصبة التي بين الوالد والولد
فرتبنا على كل ذي علة ما يقتضيه ترتيبا على حقيقة التعصبة
التي بين الوالد والولد حقيقة العتق حتى اذا ملكه عتق عليه
ورتبنا على التعصبة التي بين الواطي والموطوءة ما يليق بها
وهو ثبوت استحقاق العتق وحرمة الاستيلاد
والجواب قلنا هذا باطل من وجهين احدهما
لو صار بين الواطي والموطوءة اتحاد بعضية حتى لو صار ابو
اولادها وهي ام اولاده لما جاز له ان يتزوج بنتها
لانه يكون متزوجا اخته وذلك باطل الثاني انه اذا
اشترى الموطوءة يلزم ان تصير ام ولد له لان بينهما اتحاد

وبعضية على ما قررتموه الثالث ان دلالة تعليل ما صار منصوص
عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث اشار صلى الله
عليه وسلم الى ان حريتها بحرية الولد حيث قال اعتقها ولدها
وفي التعليل بالبعضية ابطال للولد
والله اعلم

تم الكتاب تكاملت نعم السرور الصاحبه

وعفى الله بلطفه وجوده
عن كاتبه
ولله الحمد
والمنة

طالع ... الكاك لاسه ... ولاسه ...

... ع الطاسه

عمر عيسى ...

ولحانه في ... اعس ...

[illegible]

لملما ابلسا ... [illegible]

الشافعي طاسه نحاس بلالي

الى يوسف الشافعي

منقوشه ونقش ملايه ارطال وثلثان

بالمصري ولانا محمد عثمان والسعر يسوى

بسقطا ... وبات ... و...

الاول ... [illegible]

... [illegible]

... [illegible]